Das Kartellverbot als Grundlage eines deliktischen Schadensersatzanspruches bei Drittverträgen (§ 35 GWB) unter besonderer Berücksichtigung der Schadensberechnung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

1964

vorgelegt von
Otto Schweins
aus Fürstenberg Krs. Büren

1965

Das Kartellverbot als Grundlage eines deliktischen Schadensersatzanspruches bei Drittverträgen (§ 35 GWB) unter besonderer Berücksichtigung der Schadensberechnung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Otto Schweins
aus Fürstenberg Krs. Büren

1965

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fikentscher

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

Dekan: Prof. Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Juli 1964

INHALTSÜBERSICHT

Seite:

§ 1 Einleitung: Die Aufgabe 1

I. Abgrenzung des Problems 1

II. Stand der Frage 4

III. Ziel der Untersuchung 6

I. Teil

Der Schutzvorschriftscharakter des § 1 GWB

§ 2 Die Kriterien für die Bestimmung einer Schutznorm 8

I. Schutzgesetz i.S. von § 823 II BGB . . 8

II. Schutzvorschrift i.S. von § 35 GWB . . 9

§ 3 Der Verbotscharakter des § 1 GWB . . 12

I. § 1 GWB für sich allein 12

II. § 1 i.V. mit § 38 I Ziffer 1 GWB . . . 16

§ 4 Der Individualschutzzweck des Kartellverbots 18

I. Die Theorien 19

1. Die Gegner des Individualschutzzwecks (reine Institutionsschutztheorie) . . 21

2. Die Befürworter des Individualschutzzwecks (Individualschutztheorie) 26

II. Ablehnung der reinen Institutionsschutztheorie 32

1. Kritik der Meinungen 32

2. Nachweis der Unrichtigkeit der Theorie 38

a) Die Einheit des Wettbewerbs und seiner Beteiligten 38

b) Kein vollkommener Institutionsschutz ohne Individualschutz 39

c) Institutionsschutzzweck und Verbot von Abnehmerkartellen 41

III. Bestätigung der Individualschutztheorie 43

1. Hinweis auf die amerikanische Regelung 43

a) Der Dreifachschadensersatzanspruch . 43

b) Der Freiheitsschutz im amerikanischen Recht 45

Seite:

2. Das Kartellverbot im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung 48

a) Der individuelle Freiheitsschutz im GG . 48

b) Das Kartellverbot als Ausfluß des verfassungsrechtlichen Freiheitsschutzes . . . 5o

II. T e i l

Der Umfang des Schadens

§ 5 Vorbemerkung: Existenz und Art des Schadens 55

§ 6 Das schädigende Ereignis 56

§ 7 Die Schadensberechnung 6o

I. Der Marktpreis als Grundlage der Schadensberechnung 61

II. Die praktische Durchführung der Schadensberechnung 67

III. Der Sonderfall: Kartellpreis gleich Marktpreis 73

§ 8 Ergebnis der Arbeit 79

§ 9 Ausblick auf das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) . . 81

S C H R I F T T U M S V E R Z E I C H N I S

AMTLICHE BEGRÜNDUNG : Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (in Anlage 1 zu BT-Drucksache Nr.1158, 2.Wahlperiode); abgedruckt im Gemeinschaftskommentar S.1o57 ff.

BALLERSTEDT, Kurt : Kartellverbot und Einzelvertrag in JZ 1956, S. 267 ff.

BAUMBACH-HEFERMEHL : Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kurzkommentar, 8.Auflage, München und Berlin 196o

BENISCH, Werner : Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit in WuW 1961, S. 764 ff.

\- : Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfehlung in WuW 1959,S.3ff.

\- : Die unverbindliche Abstimmung unter dem GWB in DB 1957, S.789 ff.

BIEDENKOPF-CALLMANN-DERINGER : Aktuelle G r u n d s a t z f r a g e n des Kartellrechts, Heidelberg 1957

BEZZENBERGER, Gerold : Die zivilrechtlichen Ansprüche im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in WRP 1956, S. 2o9 ff.

BRUGGER : Zur Auslegung des § 1 GWB in WuW 1959, S. 467 ff.

CALLMANN, Rudolf : Das deutsche Kartellrecht, Kommentar, Berlin 1934

CARTELLIERI : Besprechung von Würdingers "Freiheit der persönlichen Entfaltung" in BB 1954, S. 384

COPER, Alexander : Bußgeld und Zuständigkeitsregelung im Kartellgesetz in JR 1958, S. 4 ff.

CURTI, Eugen : Das A n t i t r u s t r e c h t der Vereinigten Staaten von Amerika, Zürich 1955

DERINGER, A. : Anmerkung zu BGH in NJW 1956, S. 1714

ENNECCERUS-KIPP-WOLFF : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958

ERMAN, Walter : Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 823-853 bearbeitet von Bernhard Drees, 3.Auflage, Münster 1962

FRIEDLÄNDER, Heinrich : Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Einführung und Überblick, in JZ 1957, S.649 ff.

FIKENTSCHER, Wolfgang : W e t t b e w e r b und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958

- : Bemerkungen zu den schweizerischen Entwürfen eines Kartellgesetzes in Rabels Zeitschrift, 26.Jahrgang, 1961, Heft 3, S.467 ff.

- : Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten in BB 1956, S. 793 ff.

- : Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 bis 1954 in WuW 1955, S. 205 ff.

FLUME, Werner : Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag in WuW 1956,S.457 ff.

FRANKFURTER KOMMENTAR : Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Loseblattausgabe, von Heinz Kaufmann, Hans-Günther Rautner u.a. Köln 1958, Lieferung vom 3.Mai 1960

v.GAMM, Otto-Friedrich : Das Kartellrecht im EWG-Bereich in Kartellrundschau,Schriftenreihe für Kartell- und Konzernrecht des In- und Auslandes, Heft 3, Köln-Berlin-München-Bonn 1961

GEMEINSCHAFTSKOMMENTAR : Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, herausgegeben von Müller-Hennenberg-Schwartz, Gemeinsame Bestimmungen zum materiellen Teil (§§ 34 bis 37), bearbeitet von Werner Benisch, Köln-Berlin 1958

GLEISS, A. : Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft in BB 1958 S. 431 ff.

GÜNTHER, Eberhard : Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des GWB in MA 1959, S.269 ff.

- : Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in GRUR 1958, S. 575 ff.

- : Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum in WuW 1958, S.379 ff.

- : Vorbemerkung in NJW 1957, S. 1704

- : Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in BB 1957, S. 721 ff.

- : Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmer in WuW 1957, S. 677 ff.

v.d. GOLTZ : Anmerkung zu OLG Düsseldorf in BB 1952 S. 210

HENGSTENBERG, W. : Verstoßen Bruttopreislisten gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in WuW 1958, S. 439 ff.

HUBER, Ernst : Wirtschaftsverwaltungsrecht, I.Band, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Tübingen 1953

ISAY, Rudolf : G e s c h i c h t e der Kartellgesetzgebungen, Berlin 1955

KÖNIGS, Folkmar : Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs in NJW 1961, S. 1041 ff.

- : Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln in GRUR 1958, S. 589 ff.

KRACHT : Anmerkung zu LG Köln in BB 1958 S. 465

LANGEN, Eugen : Kommentar zum Kartellgesetz, 3.Auflage, Neuwied 1958

LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, I.Band, Allgemeiner Teil, II.Band, Besonderer Teil, 3. durchgesehene und erweiterte Auflage, München und Berlin 1959

LEO, Hans-Christph : Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB in WuW 1959, S.485ff.

LIEBERKNECHT : Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen? in MA 1958, S. 231 ff.

LUKES : Der K a r t e l l v e r t r a g, Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen, München und Berlin 1959

MANGOLD-KLEIN : Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band I, 2.neubearbeitete und vermehrte Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1957

MAYER-WEGELIN,Heinz : Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), Kommentar, Frankfurt a.M. 1957

MENGER,Christian-Friedrich: R e c h t s g u t a c h t e n über die Vereinbarkeit des - derzeit suspendierten - § 8 Abs. 4 des Genossenschaftsgesetzes mit dem in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Recht höheren Ranges, Hamburg 1954

MEYER-CORDING : Anmerkung zu BGH in NJW 1953, S. 58o

MÖHRING, Philipp : Die Bedeutung der Rule of Reason im Kartellrecht (II.Teil) in WuW 1955 S. 89 ff.

- : Wettbewerbsordnung und Kartellrecht (I.Teil) in WuW 1954, S. 387 ff.

MÜLLER, Rudolf : Das neue Kartellrecht und die Wirtschaft in BB 1957, S.757 ff.

- : Anwendbarkeit von § 134 im Kartellrecht in JZ 1954, S.72o ff.

MÜLLER, Rudolf : Die Dekartellierungsgesetze in BB 1947, S. 137 ff.

MÜLLER-GRIES : Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt a.M. 1958

NEHLERT, Gerhard : Freiheit des Wettbewerbs und Kartellverbot in JR 1952, S.181ff.

NEUMEYER, Fredrik : M o n o p o l k o n t o l l e in U.S.A., Berlin 1953

NEUNER, Robert : Interesse und Vermögensschaden in ACP, Bd. 133, S.277 ff.

OPPENHEIM,S.CHESTERFIELD : Federal Antitrust Laws, Cases and Comments, St. Paul, Minnesota, 1959

PALANDT, Otto : Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 21.Auflage, München und Berlin 1962

PINDER, Wolfgang : Erstreckt sich das "Kartelprivileg" der Marken- und Verlagsunternehmen auch auf Preisempfehlungen? in DB 1958, S. 828 ff.

RAISER, Ludwig : Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 1961 Heft 4, S. 121 ff.

RASCH, Harold : Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Herne und Berlin 1957

REICHSGERICHTSRÄTE : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse II §§ 823 - 853, bearbeitet von Friedrich Oegg, 1o. Auflage, Berlin 1953

REMMERT, Wilhelm : Gesetz Nr. 56, Txt und Erläuterung, Frankfurt a.M. 1947

SCHLIEDER, W. : Die Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrages nach dem Erlaß der ersten Durchführungsverordnung in BB 1962, S. 3o5 ff.

SCHRIFTLICHER BERICHT : des Ausschusses für Wirtschaftspolitik des deutschen Bundestages, II. Kartellverträge und Kartellbeschlüsse, Berichterstatter: Abgeordneter Kurlbaum, zu BT-Drucksache 3644, 2.Wahlperiode, abgedruckt in Gemeinschaftskommentar, S. 1156 ff.

SCHÜLE, Adolf : Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft in Veröff-VDStRL, Bd. 11, S. 75 ff.

SPENGLER, A. : Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes in WuW 196o, S. 41o ff.

- : Notwendigkeit der Synchronisierung verwaltungsmäßiger und justizförmiger Kartellaufsicht in WuW 1954, S. 2oo ff.

STEINDORFF, Ernst : Gewinnentgang und Schadensberechnung des Verkäufers in JZ 1961, S. 12 ff.

- : Abstrakte und konkrete Schadensberechnung in ACP, 158. Band, S. 431 ff.

STRICKRODT, Georg : Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots in WuW 1957, S. 75 ff.

TRUMPLER, H. : Unlauterer W e t t b e w e r b und Anti-Trust-Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, Basel 1944

WÜRDINGER, Hans : Vorwort zu Neumeyers "Monopolkontrolle in U.S.A."

- : Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft in WuW 1958, S. 5o3 ff.

WÜRDINGER, Hans : Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht in Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 8, Karlsruhe 1953 und WuW 1953, S. 721 ff.

: Allgemeine Geschäftsbedingungen im Lichte der Dekartellierungsbestimmungen in MDR 1952, S 129 ff.

Abkürzungen

ACP	=	Archiv für die civilistische Praxis
Baumb.H.	=	Baumbach - Hefermehl
BB	=	Der Betriebsberater
BKartA	=	Bundeskartellamt
DB	=	Der Betrieb
Frankf.Komm.	=	Frankfurter Kommentar
Gem.Komm.	=	Gemeinschaftskommentar
Gesetz 56	=	Gesetz Nr. 56 der amerikanischen Militärregierung
GRUR	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
JR	=	Juristische Rundschau
JZ	=	Juristenzeitung
Kommissionsbericht	=	Report of the Attorney General's National Committee 1955
KuP	=	Der Kartell- und Preisdienst, Loseblattsammlung (heute:DKP)
MA	=	Der Markenartikel
MDR	=	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Pal.	=	Palandt (mit Namen des Bearbeiters)
Rabels Zeitschrift	=	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RGRK	=	Reichsgerichtsräte Kommentar
VeröffVDStRL	=	Veröffentlichung des Vereins Deutscher Staatsrechtslehrer
Verordnung 78	=	Verordnung 78 der britischen Militärregierung
VO 96	=	Verordnung Nr. 96 der französischen Militärregierung
WRP	=	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	=	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	=	Wirtschaft und Wettbewerb / Entscheidungen

§ 1 Einleitung: Die Aufgabe

I. Abgrenzung des Problems

Über die privatrechtliche Tragweite des Kartellverbots wird bereits seit Jahren lebhaft diskutiert. Hauptthema der Diskussion sind die Auswirkungen des Kartellverbots auf den sogn. Drittvertrag[1], i.e. ein Vertrag, den ein Kartellmitglied unter Verstoß gegen das Kartellverbot mit einem außenstehenden Dritten (Drittvertragspartner) abschließt. Nachdem die Gültigkeit eines solchen Vertrages nahezu einhellig anerkannt worden ist[2], steht die Möglichkeit eines privaten Schadensersatzanspruches aufgrund des Kartellverbots im Mittelpunkt des Interesses.

Dazu folgender Beispielsfall:

> Die Firmen A, B und C stellen den gleichen Artikel her. Sie vereinbaren untereinander einen bestimmten, feststehenden Verkaufspreis für ihr Produkt, und sie verpflichten sich, diesen Preis nicht zu unterschreiten. Der Großhändler X kauft bei A zu dem festgesetzten Preis ein. Nach einiger Zeit erfährt er von der Preisabsprache zwischen A, B und C. Er glaubt, daß er ohne die Preisabsprache zu einem günstigeren Preis eingekauft hätte und verlangt deshalb von A wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot Schadensersatz.

Es fragt sich also, ob der Käufer einer Ware mit der bloßen Begründung Schadensersatz verlangen kann, der Verkäufer

---

1) auch Einzel- oder Folgevertrag

2) a.A. nur BGHST. 8, 221 = WuW/E BGH 118 = WuW 1956, 63 = NJW 1956, 68 = BB 1955,1109 - Zementsverbandsurteil -
vgl. zu dieser Problematik Frankf.Komm. § 1 Tz. 68 u. 69 mit ausführlichen Nachweisen

habe ihm in Ausführung eines Kartellvertrages einen über dem Marktpreis liegenden zu hohen Preis berechnet. Die Erörterung dieser Frage bietet sich nicht nur deshalb an, weil die Bejahung des Anspruchs die "rechtspolitisch tragbarste Lösung zum Schutz der Marktteilnehmer vor Benachteiligung durch kartellmäßiges Verhalten"[1] darstellen würde, sondern vor allem deswegen, weil andere, weniger problematische Lösungsmöglichkeiten, wie z.B. Anfechtung des Drittvertrages wegen arglistiger Täuschung oder Schadensersatz aus c u l p a i n c o n t r a h e n d o , wegen der an sie zu stellenden subjektiven Voraussetzungen vielfach praktisch wertlos sind[2].

Der private Schadensersatzanspruch wird akut bei allen Drittverträgen, deren Existenz oder Inhalt auf eine nicht genehmigte Kartellabsprache zurückgeht, an die sich der Kartellpartner[3] hält. Kartellabsprachen dieser Art liegen vor, einmal wenn die Beteiligten untereinander bestimmte Einteilungen treffen - z.B. Absatzgebiete aufteilen oder Produktionsmengen festlegen - und zum anderen, wenn sie Regelungen aufstellen - z.B. Preise oder Geschäftsbedingungen festlegen -, die zum Inhalt zukünftiger Rechtsgeschäfte mit Dritten gemacht werden sollen. L u k e s [4], nennt diese beiden Kartellgruppen treffend die einteilenden und die regelaufstellenden Kartelle. Zu der ersten Gruppe gehören die Gebiets-, Kundenschutz-, Submissions- und

---

1) so Deringer NJW 1956, 1714

2) Fikentscher, der die angeführten Beispiele als Lösungsmöglichkeiten zuläßt, stellt diese subjektiven Voraussetzungen klar heraus.
s. BB 1956, 795 bzw. 797

3) i.e. das Kartellmitglied, das den Drittvertrag abschließt

4) Der Kartellvertrag, § 14 S. 15o ff. (S.151)

Absatzkontigentierungskartelle, die Produktionsquoten-, Betriebseinschränkungs- und Auftragsverteilungskartelle jeweils in allen ihren Spielarten[1]. Zu der zweiten Gruppe zählen die Preiskartelle, die Konditionenkartelle in sämtlichen Erscheinungsformen, sowie die Spezialisierungs- oder Fertigungskartelle und die Normierungs- und Rationalisierungskartelle, soweit sie sich auf bestimmte Typen oder Größen der jeweiligen Güter beziehen[2]. Die vorliegende Untersuchung stellt allerdings im wesentlichen nur auf das Preiskartell ab[3]. Das Preiskartell ist der Prototyp des Kartells überhaupt und, was den Schadensersatzanspruch des Drittvertragspartners anbelangt, beispielhaft für alle hier infragekommenden Kartellarten, so daß sich ein Eingehen auf die Besonderheiten jeder einzelnen Kartellart im Großen und Ganzen erübrigt.

Der Kreis der Anspruchsberechtigten ist schon vom Thema her begrenzt. Es geht nur um einen Schadensersatzanspruch des Drittvertragspartners. Dieser kann sowohl Kunde als auch Lieferant des in Anspruch genommenen Kartellmitglieds sein. Die Möglichkeiten anderer Wirtschaftsteilnehmer, z.B. der Kartellaußenseiter, für die das Schadensersatzproblem gleichermaßen interessant ist, können im Rahmen dieser Untersuchung, die sich direkt auf das Verhältnis Kartellmitglied - Drittvertragspartner zuspitzt, nur am Rande, bzw. soweit für die Lösung erforderlich Berücksichtigung finden.

Die Frage, ob dem Drittvertragspartner aufgrund des Kartellverbots ein Anspruch auf Schadensersatz gegen das

---

1) s. Lukes a.a.O. S. 154
2) Lukes a.a.O. S. 151
3) s. Beispielsfall auf S. 1 der Arbeit

Kartellmitglied zusteht, ist heute nach dem am 1.1.1958 inkraft getretenen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu beurteilen. Nach § 35[1] ist derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes verstößt, die den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet. Der Gesetzgeber hat bewußt offen gelassen, welche Bestimmungen des GWB zu den sogn. Schutzvorschriften i.S. des § 35 gehören[2]. Hier geht es darum, ob § 1, der horizontale Wettbewerbsbeschränkungen für unwirksam erklärt, als Schutzvorschrift i.S. des § 35 in Betracht kommt oder nicht.

II. Stand der Frage

In der Wissenschaft ist diese Frage nicht erst seit dem Inkrafttreten des GWB heftig umstritten. Die Diskussion begann lange vorher. Dabei ging es zunächst um die Schutzgesetzeigenschaft des damaligen Kartellverbots[3] i.S. von § 823 II BGB, weil die seinerzeit geltenden alliierten Dekartellierungsbestimmungen keine dem heutigen § 35 entsprechende Spezialvorschrift enthielten. Zum Teil stand aber auch früher schon die Regelung des kommenden GWB im Blickfeld der Auseinandersetzung.

Für den Schutzgesetzcharakter des Kartellverbots haben sich vornehmlich L u k e s [4], F i k e n t s c h e r [5] und F l u m e [6] entschieden, dagegen insbesondere

---

1) §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des GWB

2) s. Baumb.H. § 35 Anm. 1; Gem.Komm. § 35 Anm.1; Frankf. Komm. § 35 Tz2; Leo WuW 1959, 486

3) Art. I Nr.2 Gesetz 56/Verordnung 78, Art. 1 VO 96

4) Der Kartellvertrag, S. 184 ff.

5) BB 1956, 795 ff.

6) WuW 1956, 465 ff., allerdings mit einer Einschränkung

Würdinger [1], Ballerstedt [2], Strickrodt [3] und Leo [4]. Von den Kommentatoren, die sich nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes in die Kontroverse eingeschaltet haben, wird die Streitfrage teils strikt verneint[5], teils mehr oder weniger ausdrücklich bejaht[6]. Im Ganzen gesehen scheinen die Gegner des Schutzgesetzcharakters jedoch bis heute noch zu überwiegen, allerdings ohne daß man soweit gehen könnte, von einer sogn. "herrschenden Meinung" zu sprechen.

Von der Rechtssprechung liegt zu der umstrittenen Frage noch keine eindeutige Stellungnahme vor. Verschiedentlich ist in früheren Entscheidungen der Schutzgesetzcharakter der alliierten Dekartellierungsbestimmungen global, also einschließlich des Kartellverbots bejaht worden[7]. Allerdings liegen diesen Entscheidungen jeweils Boykott- oder Diskriminierungsfälle zugrunde, deren Schutzcharakter ohnehin allgemein anerkannt ist[8]. Das Landgericht Düsseldorf hat in zwei neueren Entscheidungen [9] den § 1 als Schutzvorschrift für Mitbewerber, d.h. Kartellaußenseiter, angesehen. Es läßt sich jedoch nicht ausschließen, daß in diesen Fällen nicht so sehr die Verletzung des § 1, als vielmehr die des § 26 für die Bejahung des Schutzbedürfnisses ausschlaggebend gewesen ist.[10] Der BGH hat zu dem

---

1) WuW 1953, 723 ff.
2) JZ 1956, 270 ff.
3) WuW 1957, 88 ff.
4) WuW 1959, 489 ff.
5) u.a. Gem. Komm. § 35 Anm. 3; Frankf. Komm. § 35 Tz 14 ff.; Rasch § 35 Anm. 2; Müller-Gries § 35 Anm. 4
6) Baumb.H. § 35 Anm. 7; Langen § 35 Anm. III 2; Mayer-Wegelin § 35 Anm. 3
7) LG Mönchen-Gladbach NJW 1948, 525 = WuW/E LG/AG 1; OLG Düsseldorf BB 1950, 490 = WuW/E OLG 11 u. 44; AG Koblenz WuW 1953, 775; OLG Frankfurt WuW/E OLG 101; BGHZ 13, 41 = WuW/E BGH 70 u.134;
8) vgl. Ballerstedt a.a.O. S.271; Gem.Komm.§ 35A5
9) WuW/E LG/AG 98 u.146; die letzte Entscheidung ist nicht rechtskräftig geworden, da die Parteien sich in der 2. Instanz verglichen.
10) vgl. auch Gem.Komm. § 35 Anm. 3

Problem noch nicht ausdrücklich Stellung genommen. Er hat sich lediglich verschiedene Male zu der Zielsetzung des Kartellrechts und dem Zweck des Kartellverbots geäußert[1]. Aus diesen mehr oder weniger beiläufigen Äußerungen läßt sich jedoch der Schluß auf eine eindeutige Entscheidung zugunsten der einen oder anderen Möglichkeit nicht ziehen.[2] Damit würde man einer repräsentativen Stellungnahme des obersten Bundesgerichts vorgreifen.

Auch seitens des Bundeskartellamtes liegt zu der speziellen Frage keine Stellungnahme vor. Wie der BGH hat es sich bisher nur ganz allgemein zur ratio des GWB und des Kartellverbots geäußert[3]. Nach seiner Auffassung will das Gesetz sowohl wirtschaftspolitischen Zwecken dienen als auch die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des einzelnen schützen[4]. Letzteres würde für eine Bejahung des Schadensersatzanspruches durch das Bundeskartellamt sprechen.

III. Ziel der Untersuchung

Angesichts der beschriebenen Gegebenheiten haben die nachfolgenden Ausführungen den Sinn, die Diskussion des Problems unter Berücksichtigung des erreichbaren Schrifttums um einen bescheidenen Beitrag zu bereichern. Ziel der Untersuchung ist es, den Schutzgesetzcharakter des Kartellverbots im Rahmen von Drittverträgen mit Hilfe einer eingehenden Begründung zu bejahen und insoweit die bisher in

---

1) BGHST 4, 97 = NJW 1953, 871; BGHST 5, 221 = NJW 1954, 321; WuW/E BGH 68 = WuW 1954, 453 = BGHZ 13, 37 = NJW 1954, 917 = BB 1954, 393; WuW/E BGH 153 = WuW 1956, 675 = NJW 1956, 1201 = BB 1956, 608
2) wie z.B. der Frankf. Komm. in Tz 23 zu § 35
3) Jahresbericht 1958 S. 7 = Wuw Schriftenreihe Heft 8 S. 13; desgl. Jahresbericht 1959 S.7 u. 1960 S.8 = WuW a.a.O. S. 101 bzw. 273; WuW/E BKartA 145 u. 275
4) vgl. auch Benisch WuW 1961, 766

diesem Sinne vertretenen Auffassungen zu untermauern.

Diese Lösung zieht zwangsläufig ein weiteres schwieriges Problem nach sich, nämlich das der Schadensberechnung. Es müssen Anhaltspunkte gefunden werden, an denen sich der Richter bei der Bestimmung der Schadenshöhe orientieren kann. Auch zu diesem Punkt soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit Stellung genommen und nach einer befriedigenden Lösungsmöglichkeit gesucht werden[1].

---

1) Die Problematik der Schadensberechnung wird in der Mehrzahl der einschlägigen Darstellungen zum Hauptproblem besonders hervorgehoben, so u.a. bei Ballerstedt a.a.O. S. 271; Strickrodt a.a.O. S. 9o; Fikentscher a.a.O. S. 796. Ausdrücklich daraufhin weist auch S t e i n d o r f f ACP 158 S. 446

I. T e i l

Der Schutzvorschriftscharakter des § 1 GWB

§ 2 Die Kriterien für die Bestimmung einer Schutznorm

Für die Beantwortung der Frage, ob § 1 die Grundlage für einen Schadensersatzanspruch aus § 35 abgibt, kommt es zunächst auf die Klärung des Begriffs der Schutzvorschrift in § 35 an. Erst anhand der Kriterien dieses Begriffs läßt sich feststellen, ob § 1 eine solche Schutzvorschrift ist oder nicht.

Welches sind nun die Kriterien, die eine Schutzvorschrift i.S. des § 35 ausmachen? Schon der Wortlaut des § 35 deutet durch seine weitgehende Übereinstimmung mit § 823 II BGB, der generellen Blankettvorschrift für deliktischen Schadensersatz, die Antwort an. Diese Übereinstimmung verleitet geradewegs zu der Annahme, daß für den Begriff der Schutzvorschrift in § 35 dieselben Kriterien gültig sind wie für den Begriff des Schutzgesetzes in § 823 II BGB.

I. Schutzgesetz i.S. von § 823 II BGB

Schutzgesetz i.S. von § 823 II BGB ist nach einhelliger Auffassung von Wissenschaft[1)] und Rechtssprechung[2)] jede Gebots- oder Verbotsnorm, die den Schutz des einzelnen oder eines bestimmten Personenkreises im Auge hat, und zwar den Schutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird. Gesetze, die auf den Schutz der Allgemeinheit abzielen und dem einzelnen lediglich nützen, entsprechen der Anforderung des § 823 II BGB nicht. Der

---

1) u.a. Pal.-Gramm § 823 Anm. 9; Erman § 823 Anm. 12a RGRK § 823 Anm. 14 I; Larenz II § 66 Anm. II; Ennec-L. § 235 I 2

2) RGZ 78, 91; 119, 437; 128, 3oo; 138, 229; BGHZ 19, 126; 28, 365

Einzelschutz muß zumindest mitgewollt sein. Maßgebend ist demnach nicht die Wirkung, sondern der erkennbare Zweck des Gesetzes[1]. Wissenschaft und Rechtssprechung haben also die Kriterien für die Bestimmung des Schutzcharakters einer Norm im Zusammenhang mit § 823 II BGB klar herausgestellt: Schutzgesetz kann danach nur eine Vorschrift sein, die ein Verbot oder Gebot enthält. Zum anderen muß das Verbot oder Gebot den Schutz eines einzelnen oder eines bestimmten Personenkreises bezwecken.

II. Schutzvorschrift i.S. von § 35

Bevor auf diese Voraussetzungen näher eingegangen werden kann, muß Klarheit darüber gewonnen werden, ob sich die Begriffe Schutzgesetz i.S. von § 823 BGB und Schutzvorschrift i.S. von § 35 tatsächlich ihrem Inhalt nach decken. Nur wenn das der Fall ist, läßt sich die Prüfung des Schutzvorschriftscharakters des § 1 nach denselben Kriterien vornehmen, die für die Bestimmung eines Schutzgesetzes i.S. von § 823 II BGB maßgebend sind.

Gegen eine absolute Gleichsetzung der Kriterien hat sich bisher nur L e o [2] ausgesprochen. Trotz des teilweise übereinstimmenden Wortlauts bestreitet er die inhaltliche Indentität beider Vorschriften. Da das GWB als Ausnahmegesetz die Vertragsfreiheit auf gewissen Gebieten einschränke, erscheint ihm eine besonders enge Auslegung der Bestimmungen dieses Gesetzes geboten. Er lehnt es deshalb ab, den Begriff der Schutzvorschrift in § 35 so weit zu fassen

---

1) BGHZ 12, 148; Pal.-Gramm a.a.O.
2) WuW 1959, 486 ff.

wie den des Schutzgesetzes in § 823 II BGB, zumal es sich bei § 35 um eine völlig selbstständige Deliktsnorm des GWB handele. Zwar stellt er keine vollkommen neue Kriterien für eine Schutzvorschrift i.S. von § 35 auf. Im Grunde geht auch er von der Anwendbarkeit der für ein Schutzgesetz i.S. von § 823 II BGB maßgeblichen Voraussetzungen - Ge- oder Verbotsnorm und Individualschutzzweck-aus. Zu der erstgenannten Voraussetzung bekennt er sich ausdrücklich[1]. Während es aber für die Annahme eines Schutzgesetzes i.S. von § 823 II BGB schon genügt, daß der Einzelschutz n e b e n dem Schutz anderer Interessen gewährleistet werden soll[2], fordert Leo von einer Schutzvorschrift i.S. des § 35, daß sie in e r s t e r L i n i e die Interessen der beteiligten Marktteilnehmer schützt. Er stellt an sie also hinsichtlich des Individualschutzzwecks verschärfte Anforderungen.

Die Forderung Leos ist nicht gerechtfertigt. Richtig ist, daß das GWB die Vertragsfreiheit auf gewissen Gebieten einschränkt. Es soll auch nicht bestritten werden, daß diese Eigenart dazu veranlaßt, gewisse Bestimmungen des Gesetzes besonders auszulegen. Das kann allerdings nur insoweit zutreffen, als diese Vorschriften speziell auf die Beschränkung der Vertragsfreiheit abzielen, so z.B. bei der Entscheidung der Frage, ob etwa ein wettbewerbsbeschränkender Vertrag i.S. des § 1 vorliegt oder nicht. Das Problem des § 35 ist demgegenüber zweitrangig und hat mit der Tendenz des Gesetzes, die Vertragsfreiheit auf gewissen Gebieten einzuschränken unmittelbar nichts zu tun. § 35 regelt lediglich die Folgen des Sichhinwegsetzens über eine von anderen Bestimmungen des Gesetzes als zulässig erachtete

---

1) a.a.O. S 488

2) H.M. vgl. oben S.8 Anm. 1 u. 2

Beschränkung der Vertragsfreiheit, nicht aber stellt er selbst Kriterien für eine zulässige Beschränkung der Vertragsfreiheit auf. Infolgedessen muß die von Leo geforderte einschränkende Interpretation des Individualschutzzwecks i.S. von § 35 abgelehnt werden[1]. Dieses Ergebnis entspricht auch der in der amtlichen Begründung zu § 28[2] des Regierungsentwurfs des GWB vertretenen Auffassung. Der § 35 ist also nichts anderes als eine Nachbildung des § 823 II BGB. Er erweitert lediglich die Schutzsphäre des § 823 II BGB, indem er über die Verletzung eines Schutzgesetzes, bzw. einer Schutzvorschrift hinaus auch die Verletzung einer von der Kartellbehörde oder dem Beschwerdegericht aufgrund des GWB erlassenen Verfügung für haftungsbegründend erklärt. Allein diese Erweiterung des Haftungsgrundes hat den Gesetzgeber dazu veranlaßt, die Allgemeinregelung des BGB für den Bereich des GWB durch den Sondertatbestand des § 35 zu ersetzen[3].

Für die Untersuchung des Schutzrechtscharakters des § 1 sind daher, um es noch einmal klar herauszustellen, dieselben Kriterien maßgebend wie für die Bestimmung eines Schutzgesetzes i.S. von § 823 II BGB. Das bedeutet, daß der Drittvertragspartner nur dann einen privaten Schadensersatzanspruch aufgrund des Kartellverbots geltend machen kann, wenn § 1

1. ein Verbot oder Gebot enthält und
2. auch dem Schutz des Drittvertragspartners, so wie er von ihm in Anspruch genommen wird, zu dienen bestimmt ist.

---

1) s. auch Frankf. Komm. § 35 Tz 1o

2) dem heutigen § 35

3) H.M. vgl. z.B. Baumb.H. § 35 Anm. 1

§ 3 Der Verbotscharakter des § 1 GWB [1]

Schon die Untersuchung der ersten Voraussetzung stößt auf erhebliche Schwierigkeiten. Ob es sich bei § 1 um einen echten Verbotstatbestand handelt oder nicht, ist im Gegensatz zum allgemeinen Sprachgebrauch, wonach die Bestimmung schlechthin als Kartellverbot bezeichnet wird, sehr zweifelhaft.

I. § 1 GWB für sich allein

Über den Verbots- oder Gebotscharakter einer Norm entscheidet in erster Linie der Wortlaut [2]. Der § 1 enthält rein äußerlich betrachtet kein Verbot. Er erklärt horizontale Wettbewerbsbeschränkungen nur für unwirksam. Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, daß der Wortlaut des § 1 ein Verbot ausdrücken soll, und zwar deshalb nicht, weil das GWB die Terminologie "ist verboten" nicht kennt. Daraus schließt nämlich das LG Köln[3], alle wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen, die das Gesetz für unwirksam oder nichtig erklärt

---

1) Auf diese erste Voraussetzung geht ein großer Teil der Diskussionsteilnehmer nicht ausdrücklich ein, so u.a. auch nicht die Befürworter des Schutzrechtscharakters Flume, Fikentscher und Lukes. Das liegt teils daran, daß ihre Beiträge noch in die Geltungszeit der alliierten Dekartellierungsbestimmungen fielen, die horizontale Wettbewerbsbeschränkungen expressis verbis für v e r b o t e n erklärten (Art. I Nrn. 1 und 2 Gesetz 56/Verordnung 78). Deshalb war es damals überflüssig, auf den Verbotscharakter besonders einzugehen, und insofern ist der diesbezügliche Vorwurf des Frankf. Komm. (§ 35 Tz 21) gegenüber Fikentscher unberechtigt. Zum Teil gehen die Diskussionsteilnehmer auch stillschweigend von dem Vorliegen dieser Voraussetzung aus. Das ergibt sich aus der von ihnen vorgenommenen Verbindung des § 1 mit der Ordnungswidrigkeitsvorschrift des § 38; so z.B. Lukes a.a.O. S. 297; Baumb.H. § 1 Anm. 66 u.67

2) Benisch DB 1957, 790; Frankf.Komm.§ 35 Tz 6

3) WuW/E - LG/AG 84 = WuW 1958, 306 = BB 1958, 462 (4711 - Entscheidung)

müßten als Verbote angesehen werden. Dazu würde auch § 1 gehören.

Dieser Standpunkt hat vor allem den Frankfurter Kommentar 1) zu heftiger Kritik veranlasst. Seinen vortrefflichen Ausführungen ist kaum noch etwas hinzuzufügen. Er weist zutreffend darauf hin, daß das GWB sehr wohl auch äußerlich schon erkennbare Verbote enthält. Als Beispiele führt er die §§ 14, 25, 26 und 38 an, die durch die bezeichnende Formulierung "dürfen nicht" eine klare Sprache sprechen. Um deutlich zu machen, daß der heutige Gesetzgeber klar zwischen Nichtigkeit oder Unwirksamkeit einerseits und einem Verbot andererseits unterscheidet, verweist er außerdem auf das Beispiel des § 2 des Entwurfs zum Außenwirtschaftsgesetz [2], worin ausdrücklich zwischen Genehmigungserfordernis (zivilrechtliche Unwirksamkeit) und Verbot unterschieden wird[3] . Dieser Unterscheidung ist auch bei der endgültigen Fassung des am 1. September 1961 in Kraft getretenen Außenwirtschaftsgesetz beibehalten worden.

Das Revisionsurteil des BGH[4] scheint indes die Ansicht des LG Köln zu unterstützen. Der BGH zieht aus der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf den Schluß, es sei letztlich nur eine Frage der Methode gewesen, daß bei rechtsgeschäftlichen Vorgängen - wie z.B. in den §§ 1 und 15 - an ihre zivilrechtlichen Wirkungen angeknüpft worden sei, bei den rein wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen - wie z.B. in den §§ 25 und 26 - aber ausdrückliche Gebote oder Verbote ausgesprochen seien.

---

1) § 35 Tz 9; ferner Gem.Komm. § 1 Anm. 1, Vorbem. 13 vor § 16 u. § 38 Anm. 11; Gleiss BB 1958, 432; Hengstenberg WuW 1958, 443; Kracht BB 1958, 465; Lieberknecht MA 1958, 244; Würdinger WuW 1958, 5o6; Benisch WuW 1959, 5 u. DB 1957, 79o

2) BT-Drucksache 1285, 3. Wahlperiode

3) § 35 Tz 6;

4) WuW/E BGH 253 = NJW 1958, 1869

Der Frankfurter Kommentar dagegen entnimmt der amtlichen Begründung[1] genau das Gegenteil. Er sieht in der unterschiedlichen Behandlung der wettbewerbsbeschränkenden Rechtsgeschäfte und der rein tatsächlichen wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen die Absicht der Entwurfsverfasser, für die ersteren eben keine Verbote zu formulieren. Diese Auffassung findet er auch mit Recht vom Wortlaut des GWB selbst bestätigt[2]. Das Gesetz bedroht in § 38 I Ziff. 1 nicht schon den Abschluß unwirksamer oder nichtiger Verträge, sondern erst das Sichhinwegsetzen über deren Unwirksamkeit oder Nichtigkeit mit einer Geldbuße. In § 38 I Ziff. 8 hingegen droht es diese Sanktion ausdrücklich für ein Zuwiderhandeln gegen ein"Verbot" der §§ 25 oder 26 an. Diese Unterscheidung von Tatbeständen, die ein Verbot enthalten, und solchen, die eine vertragliche Vereinbarung lediglich als unwirksam oder nichtig bezeichnen, kommt nicht von ungefähr. Das bringt die amtliche Begründung zu § 31 I Ziff. 1, der dem heutigen § 38 I Ziff. 1 entspricht, klar zum Ausdruck. Dort heißt es: " In Ziffer 1 ist das Gesetz nicht soweit gegangen, schon den Abschluß derartiger Rechtsgeschäfte mit Geldbuße zu bedrohen. Diese Zurückhaltung war (einmal) durch die Überlegung bestimmt, daß Kartellverträge und -beschlüsse nicht schlechthin verboten sind." Dieses unmißverständliche Bekenntnis dürfte wohl die letzten Zweifel an der Richtigkeit der Auffassung des Frankfurter Kommentars beseitigen. Demnach kann § 1 nicht schon deshalb als Verbot angesehen werden, weil er bestimmte wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen für unwirksam erklärt.

Ebensowenig wie aus dem Wortlaut ergibt sich der Verbotscharakter des § 1 aus seinem Inhalt. Schon die bisher

---

1) B I 1

2) vgl. § 35 Tz 17

angestellten Erörterungen mit dem Hinweis auf § 38 I Ziff.1 lassen darauf schließen, daß § 1 auch inhaltlich keine Verbotsnorm sein kann. Der Hauptgrund dafür liegt aber nicht so sehr in § 38 I Ziff. 1 wie in dem Umstand, daß das Gesetz den Vertragsabschluß als solchen in den §§ 2 - 8 zur Voraussetzung für ein Erlaubnis- oder Anmeldeverfahren macht. Bei Annahme eines Verbots wären die in diesen Vorschriften geregelten Genehmigungsvorbehalte illusorisch. Denn Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sind gemäß den §§ 134, 3o9 BGB nichtig und daher nicht genehmigungsfähig. Dem trägt § 1 Rechnung, indem er Kartellverträge und -beschlüsse nur für unwirksam erklärt. Unwirksame Rechtsgeschäfte können jedoch durch eine nachträgliche Genehmigung geheilt werden. Zwar verwendet das GWB nicht den Ausdruck "Genehmigung", sondern spricht in den §§ 2 ff. von"Erlaubnis". Daß aber beide Begriffe gleichzusetzen sind, beweist § 13 II, der von der Zulässigkeit eines nichterlaubten Kartellvertrages ausgeht und für die einzelnen Vertragspartner bei wichtigem Grund ein Rücktrittsrecht von dem noch unwirksamen Vertrag vorsieht. Das bedeutet gleichzeitig, daß die Vertragsbeteiligten im übrigen vor Erteilung der Erlaubnis an das Kartell gebunden sind. Sie sind sogar verpflichtet, alles zu unterlassen, was einer Erlaubnis durch die Kartellbehörde entgegen stehen würde[1]. Mit Recht zieht B e n i s c h[2] daraus den Schluß, der Gesetzgeber habe im Rahmen des § 1 gestatten wollen, daß ein Kartellvertrag zunächst einmal geschlossen werden dürfe, damit für die Stellung eines Befreiungsantrages eine Verhandlungsgrundlage vorhanden sei. Für sich allein kann § 1 also weder rein äußerlich noch seinem Inhalt nach als Verbotsnorm angesprochen werden.

---

1) so Schriftl.Bericht des Wirtschaftspol.Aussch. zu § 1 S.19; Benisch DB 1957, 79o; Lieberknecht MA 1958, 244

2) DB 1957, 79o

II. § 1 i.V. mit § 38 I Ziffer 1 GWB

Allein die eigentliche Gefährlichkeit des Kartellvertrages als Instrument der Wettbewerbsbeschränkung liegt auch nicht in dem Vertragsabschluß als solchem sondern in seiner Realisierung. Die Realisierung eines unwirksamen Kartellvertrages, das Sichhinwegsetzen über seine Unwirksamkeit, aber bedroht das Gesetz in § 38 I Ziff. 1 mit einer Geldbuße. Damit stellt § 38 I Ziff. 1 durch seine strafähnliche Sanktion ein echtes Verbot auf[1], gegen das die Kartellmitglieder durch die Ausführung des unwirksamen Kartellvertrages verstoßen. Demzufolge muß insoweit in Übereinstimmung mit der im Schrifttum[2] vorherrschenden Ansicht der Verbotscharakter des § 1 im Zusammenhang mit § 38 I Ziff. 1 bejaht werden. Anspruchsgrundlage bilden also die §§ 1 und 38 I Ziff. 1 i,V. mit § 35. § 1 allein i.V. mit § 35 reicht als Anspruchsgrundlage nicht aus.

---

1) vgl. Leo a.a.O. S.49o; Frankf.Komm.§ 35 Tz 8

2) u.a. Benisch Wuw 1959, 5 ff.u.DB 1957, 79o; Lieberknecht a.a.O.; Kracht a.a.O.; Pinder DB 1958, 828; Hengstenberg a.a.O.

L o o s BB 1958, 176 ff. u. R u b a r t h Kup VIII-5o S. 6 werden von Benisch (WuW a.a.O.), bzw. Hengstenberg (a.a.O.) zu Unrecht als Gegner dieser Auffassung bezeichnet. Loos a.a.O. will nur im Rahmen des § 25 alle Fälle erfassen, bei denen das Gesetz eine vertragliche Bindung dadurch mißbilligt, daß es sie für unwirksam oder nichtig erklärt. Jedesmal wenn er aber die §§ 1 oder 15 als Verbote bezeichnet, fügt er "(i.V. mit § 38 I Ziff. 1)" hinzu. Rubarth a.a.O. sieht bei der Untersuchung des § 38 II 2 als Verbot i.S. dieser Bestimmung "jedes vom Gesetz mißbilligte Verhalten, was durch § 38 I zur Ordnungswidrigkeit erhoben worden ist" an. In § 38 I Ziff.1 ist aber nicht schon der Abschluß eines Kartellvertrages, sondern erst das Sichhinwegsetzen über die Unwirksamkeit eines solchen Vertrages zur Ordnungswidrigkeit erhoben worden. Das aber spricht gerade dafür, daß Rubarth den § 1 isoliert nicht als Verbot im hier erörterten Sinn ansieht.

In diesem Sinn wird auch das schon erwähnte Revisionsurteil des BGH[1] zu verstehen sein, der zur Unterstützung seiner Auffassung ebenfalls auf den § 38 I Ziff. 1 verweist. Die Bemühung dieser Vorschrift dürfte Beweis genug dafür sein, daß die Feststellungen des BGH - Urteils letztlich doch nicht so zu werten sind, als ob der BGH schon das Eingehen eines wettbewerbsbeschränkenden Vertrages für verboten halten würde.[2] Verboten ist erst das Sichhinwegsetzen über die Unwirksamkeit eines solchen Vertrages.

G ü n t h e r [3] bezeichnet deshalb das GWB richtigerweise als ein sogn. Rechtsschutzverweigerungsgesetz mit Sanktionsandrohung für den Fall, daß trotz der Verweigerung des Rechtsschutzes die Verträge durch Zusammenwirken praktiziert werden.

§ 1 stellt also lediglich in seiner Verbindung mit § 38 I Ziff. 1 ein Verbot dar. Er trägt darum die Bezeichnung "Kartellverbot" nur insoweit zu Recht, als § 38 I Ziff. 1 ihm den Verbotscharakter beisteuert. Ein solcher Fall liegt aber gerade dann vor, wenn ein Kartellbeteiligter einen Drittvertrag abschließt; denn der Drittvertrag fällt notwendigerweise stets mit der Ausführung eines Kartellvertrages zusammen. Daher ist in diesem Fall die erste Voraussetzung für die Annahme einer Schutzvorschrift i.S. des § 35 erfüllt.

---

1) s.oben S.13

2) vgl. Benisch WuW 1959 a.a.O.

3) MA 1959, 27o; ebenso Frankf.Komm § 35 Tz 9

§ 4 Der Individualschutzzweck des Kartellverbots[1)]

Weit problematischer als diese erste Voraussetzung ist die Frage nach dem Individualschutzzweck des Kartellverbots. Deshalb konzentriert sich auch die Diskussion um das Für und Wider eines privaten Schadensersatzanspruches vornehmlich auf diesen Punkt.

Um die Grenzen für die weiteren Erörterungen fest zu umreißen, gilt es vorweg noch einen Umstand hervorzuheben, der diesem Kernproblem ganz besondere Bedeutung verleiht. Bislang hat es den Anschein, als sei die Frage nach dem Individualschutzzweck nur eine Frage der Auslegung von § 1. In der Tat bildet diese Vorschrift den Angelpunkt der Auseinandersetzung. Auf § 38 I Ziff. 1, der als reine Ordnungsnorm lediglich den Verbotscharakter beisteuert, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Allein es wäre verfehlt, die Lösung des Problems nur in § 1 zu suchen. Sie ist vielmehr - und das soll hier herausgestellt werden - mit der Beantwortung der weit umfassenderen Frage nach der Zielsetzung des GWB als Ganzem aufs engste verknüpft[2)]. Diese Erkenntnis hat die Diskussionsteilnehmer bisher durchweg dazu veranlasst, den Schutzzweck des Kartellverbots vorwiegend nach dem Eindruck zu beurteilen, den der einzelne von der Gesamttendenz des GWB gewonnen hat. Nun ist es allerdings nicht so, als ob diese Besonderheit nur bei der rechtlichen Behandlung des § 1 Berücksichtigung zu finden hätte. Derselbe Gesichtspunkt tritt bei der Einordnung aller infragekommender Vorschriften des GWB in Erscheinung. Er wird jedoch im

---

1) Wenn in der Folge von "Kartellverbot" die Rede ist, so kann damit nach dem Vorhergesagten nur § 1 i.V. mit § 38 I Ziff. 1 gemeint sein.

2) Lukes a.a.O. S. 185

Zusammenhang mit § 1 als der Ausgangsvorschrift des Gesetzes erstmalig und besonders akut. Damit wird die Frage nach dem Schutzzweck des § 1 zu einer Kardinalfrage des heutigen Kartellrechts, und insofern ist auch das vielseitige Interesse an der Diskussion dieser Problematik durchaus verständlich. Es gilt also gerade für § 1, was H e f e r m e h l [1] für die Beurteilung des Schutzcharakters einzelner GWB-Vorschriften allgemein feststellt: "Die Beurteilung, ob eine Vorschrift des GWB auch als Schutzvorschrift zugunsten des einzelnen zu werten ist, ist in hohem Maße von der Grundeinstellung abhängig, die man zum Zweck des GWB überhaupt einnimmt."

I. Die Theorien

Hefermehl fährt dann fort: "Wer das GWB vornehmlich als ein Mittel staatlicher Wirtschaftspolitik ansieht, wird den individuellen Schutzcharakter einer Vorschrift nur selten bejahen. Wer dagegen auch die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des einzelnen als geschützt ansieht, wird geneigt sein, in weitgehendem Umfang den Normen des GWB auch individuellen Schutzcharakter beizumessen." Mit dieser Feststellung sind die Weichen für den Fortgang der Untersuchung gestellt. Hier ist tatsächlich der Punkt, an dem sich die Geister scheiden.

Die Gegner des Individualschutzzwecks von § 1, die also das GWB "vornehmlich für ein Mittel staatlicher Wirtschaftspolitik" halten, sehen in dem Gesetz und im Kartellverbot ein Mittel zum Schutz der Institution des Wettbewerbs. Sie sind

---

1) Baumb.H. § 35 Anm. 4

der Auffassung, daß das GWB nur den Wettbewerb als Institution schützen wolle, um den Fortbestand der bewährten freien Marktwirtschaft zu sichern und dadurch das Wohl der Allgemeinheit im bestmöglichen Maße zu gewährleisten. Im Hinblick auf das Kartellverbot verkennen sie zwar nicht, daß es daneben auch für den am Wirtschaftsprozeß beteiligten einzelnen günstige Auswirkungen zeitigt. Diese werden jedoch als bloße Reflexwirkungen abgetan, die für die Bejahung des Individualschutzzwecks nicht ausreichen (r e i n e I n s t i t u t i o n s s c h u t z t h e o r i e).

Die Befürworter des Individualschutzzwecks von § 1 sehen dagegen das Hauptanliegen des GWB und des Kartellverbots im Schutz der wirtschaftlichen Bestätigungsfreiheit des einzelnen. Zumindest steht nach ihrer Auffassung der Individualschutz als gleichwertiges Schutzobjekt neben dem Institutionsschutz. Da dies für die Bejahung das Individualschutzzwecks ausreichen würde[1)], kann man diese Meinungsgruppe einer einheitlichen Betrachtung unterziehen (I n d i v i d u a l s c h u t z t h e o r i e , bzw. erweiterte Individualschutztheorie).

Entscheidend ist demnach, ob das Kartellverbot dem Schutz des einzelnen zu dienen bestimmt ist; gleichgültig, ob das der einzige Schutzzweck ist, oder ob er gleichwertig neben dem des Institutionsschutzes steht. Die Alternative lautet daher: Individualschutz oder kein Individualschutz[2)].

---

1) s.oben S. 1o ff.

2) Die Unterscheidung von drei verschiedenen Meinungsgruppen - Institutionsschutztheorie, Individualschutztheorie und gemischte Theorie wie K ö n i g s und im Anschluß daran B e n i s c h (NJW 1961, 1o41 bzw. WuW 1961, 764/65) sie vornehmen, ist für die nachfolgende Untersuchung bedeutungslos.

Um einen Überblick über den Meinungsstreit zu verschaffen, sollen im Folgenden die bedeutensten Stellungnahmen für und wider den Individualschutzzweck in ihren wesentlichen Punkten wiedergegeben werden.

1. Die Gegner des Individualschutzzwecks (reine Institutionsschutztheorie)

Die wohl überwiegende Meinung im Schrifttum vertritt den Standpunkt der reinen Institutionsschutztheorie[1]. Die Anhänger dieser Theorie wartem mit zahlreichen Argumenten gegen den Individualschutzzweck auf.

Von ihnen hat sich zum erstenmal ausführlich W ü r d i n g e r [2] mit der Problematik befaßt. Er geht von der Fragestellung aus, ob die Beurteilung des Wertes des Wettbewerbs und seine politische Begründung in volkswirtschaftlicher Überlegung nach dem Wert der Allgemeinheit oder im Hinblick auf Art 2 I GG nach dem Wert der Persönlichkeit des Einzelmenschen vorzunehmen sei[3].

Für die Beantwortung zieht er als Erkenntnisquelle rechtsvergleichend das U.S. amerikanische Antitrustrecht heran, das in erster Linie auf dem Gedanken des individuellen Freiheitsschutzes aufbaue. Die politische Grundlage hierfür sieht er

---

1) Die im Folgenden nicht behandelten Anhänger dieser Theorie geben zumeist keine oder keine wesentliche Begründung für die Ablehnung des Individualschutzes. U.a. Rasch § 35 Anm. 2; Müller-Gries § 35 Anm. 4; Coper JR 1958, 8; Hengstenberg a.a.O.; Bezzenberger WRP 1956, 21o (der allerdings den Schutzcharakter der alliierten Dekartellierungsbestimmungen global bejaht); Möhring WuW 1954, 387; Callmann, Kartellrecht S.287; v.Gamm, Kartellrecht im EWG-Bereich S. 33.

2) Vortrag vor der Juristischen Studiengesellschaft am BGH am 27.11.1953 = WuW 1953, 721 ff.

3) a.a.O. 724 ff.

in dem historischen Freiheitsdrang der Amerikaner und in engem Zusammenhang damit in dem Bekenntnis der Unabhängigkeitserklärung vom 4.Juli 1776, daß jeder Mensch von seinem Schöpfer mit dem unveräußerlichen Recht auf Leben, Freiheit und Streben nach Glück ausgestattet worden sei. Ganz anders hingegen beurteilt er den politischen Hintergrund des damals noch in Vorbereitung befindlichen deutschen Kartellgesetzes[1]. Für eine Handhabung und Auslegung i.S. eines ebenso starken Persönlichkeitsschutzes wie im amerikanischen Recht findet er hier keinen Anhaltspunkt. Er beruft sich auf den Text des Gesetzes selbst, auf die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf sowie auch auf die von Bundeswirtschaftsminister Erhard bekundete Einstellung und kommt zu dem Schluß, alle zur Begründung des Kartellverbots des GWB vorgetragenen Argumente seien ausschließlich volkswirtschaftlicher Natur. Sie bestünden in der Auffassung, daß der freie Wettbewerb den optimalen volkswirtschaftlichen Effekt erziele. Zwar räumt er ein, daß die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs zugleich auch die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen bewirke. Er erblickt darin aber nur die Konsequenz, den Reflex des Wettbewerbsschutzes.[2]

Ebenso sieht B a l l e r s t e d t [3] das Wesen des Kartellverbots allein in der Sicherung der Institution des Wettbewerbs, auch er hält den Individualschutz nur für eine Reflexwirkung des Institutionsschutzes. Er meint, der Schutz der

---

1) Auf die seinerzeit noch geltenden alliierten Dekartellierungsbestimmungen geht er absichtlich nicht ein; dazu äußerte er sich bereits in MDR 1952, 132

2) a.a.O. S. 726; Würdinger hat sich mehrfach auch an anderen Stellen im gleichen Sinne geäußert, so schon in MDR 1952, 132; auch Vorwort zu Neumeyers "Monopolkontrolle" S.X ff. und in "Freiheit der persönlichen Entfaltung" S.1o ff.

3) JZ 1956, 267 ff.

Betätigungsfreiheit des einzelnen Unternehmers habe wohl in den Abschnitten 2 - 4 [1] des Gesetzesentwurfs vielfältig Ausdruck gefunden, dem 1. Abschnitt scheine er jedoch nicht als politisches Leitmotiv gedient zu haben. Darüberhinaus befürchtet er, die Bejahung des Individualschutzzwecks und damit des hier infragestehenden Schadensersatzanspruches würde zu einer Überforderung des Richters bei der Schadensberechnung führen.[2]

S t r i c k r o d t [3] konzentriert sich in seiner Stellungnahme zunächst auf die Frage der Gültigkeit des Drittvertrages im Lichte des § 134 BGB. Nachdem er die Gültigkeit bejaht und eine Drittwirkung des Kartellverbots insoweit verneint hat, konstruiert er eine Parallele zum Individualschutzproblem. Er gelangt zu dem Schluß, die Spanne für eine rechtliche Argumentation, die zwischen den Formulierungen "Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot" (§ 134 BGB) und "ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz" (§ 823 II BGB) liege, sei zu gering, um aus § 823 II BGB (oder § 35 entsprechend) eine eigene Position hinsichtlich der Drittwirkung eines allgemeinen Kartellverbots im Stile des § 1 aufzubauen. Außerdem stützt er seine negative Einstellung auf die Feststellung, der Charakter des Kartellverbots im Rahmen des geltenden Verfassungsrechts sei derartig unbestimmt, daß ihm über den Interventionsbereich hinaus kaum eine spezifische Bedeutung gegeben werden können.[4] Neben dieser Argumentation weist er mit Ballerstedt auf das Dilemma der Verwirklichung eines privaten Schadensersatzanspruches hin. Das Problem der Schadensberechnung erscheint ihm so ausweg-

---

1) die auch den heutigen Abschnitten 2-4 des GWB entsprechen
2) a.a.O. S. 271
3) WuW 1957, 75 ff.
4) a.a.O. S. 90

los und jegliche Lösung so unbefriedigend, daß er schon deshalb die Individualschutztheorie für äußerst anfällig hält.[1)]

Wie Strickrodt und Ballerstedt fürchtet auch B e n i s c h[2)] die Konsequenz einer problematischen Schadensberechnung, die letzten Endes auf ein staatliches Preisreglement hinauslaufe. Er teilt mit allen Anhängern der reinen Institutionsschutztheorie die Ansicht, die Zielsetzung des GWB sei allein volkswirtschaftlicher Natur. Weder aus dem Gesetz selbst noch aus den Gesetzesmaterialien sei ersichtlich, daß es dem Gesetzgeber um die Verwirklichung eines individuellen Freiheitsschutzes gegangen sei[3)]. Der Einzelschutz sei nur ein Reflex des Institutionsschutzes[4)]. Überdies hält er die Individualschutztheorie auch deshalb für fragwürdig, weil eine Kartellabsprache nach seiner Auffassung in der Regel nur die wirtschaftliche Freiheit der am Kartell Beteiligten beschränkt, § 1 insofern lediglich Beschränkungen der eigenen Freiheit verbiete[5)]. Endlich macht er noch auf die "unübersehbaren und rechtlich kaum mehr beherrschbaren Folgen und Störungen des Wirtschaftslebens[6)] aufmerksam, welche die Vielzahl möglicher Schadensersatzansprüche Dritter gegen die Mitglieder eines Kartells gegebenenfalls nach sich ziehen werde.[7)]

Das letzte Argument macht sich auch der F r a n k f u r t e r K o m m e n t a r[8)] zu eigen. Im übrigen meint er, die Frage

---

1) a.a.O.S. 90/91
2) Gem.Komm. § 35 Anm. 3; WuW 1961, 770
3) WuW 1961, 766 ff.
4) Gem.Komm. § 35 Anm. 3
5) Gem.Komm. § 35 Anm. 3 u. WuW 1961, 766
6) so der BGH in WuW/E 153 (Speditionsbedingungen) bei der Beurteilung der Rechtswirksamkeit von Drittverträgen = NJW 1956, 1201
7) Gem.Komm. § 35 Anm. 3
8) § 35 Tz 23

nach dem Individualschutzzweck sei schon lange vor Erlaß des GWB gestellt und verneint worden. Wenn der Gesetzgeber gleichwohl diese Schutzfunktion nicht klar erkennbar gemacht habe, so müsse daraus geschlossen werden, daß § 1 eine solche Schutzfunktion nicht besitze [1]. § 1 sei vielmehr eine im Allgemeininteresse getroffene Entscheidung gegen die Kartellfreiheit und solle lediglich die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs als Institution sichern. Diese Auffassung stimme auch mit den bisherigen höchstrichterlichen Äußerungen zu den Zielen des Kartellrechts überein [2].

Den bemerkenswertesten Diskussionsbeitrag schließlich hat L e o [3] geleistet. Er nimmt unter den Gegenern des Individualschutzes aus zweifachem Grund eine Sonderstellung ein. Einmal verlangt er unter Abweichung von den Voraussetzungen eines Schutzgesetzes i.S. von § 823 II BGB von einer Schutzvorschrift i.S. des § 35, daß sie in erster Linie die individuellen Interessen der beteiligten Marktteilnehmer schützt [4]. Zum anderen versucht er die Lösung anhand einer gesonderten Auslegung der §§ 1 und 38 I Ziff. 1 zu finden. Im Falle des § 1 verneint er den Individualschutzzweck, weil diese Bestimmung isoliert betrachtet kein Verbot enthält[5], im Falle des § 38 I Ziff. 1. weil er diese Vorschrift als Verwaltungsdelikt klassifiziert, dem die Beziehung einer individuellen Person oder einem individuellen Personenkreis fehle [6].Insgesamt kommt er zu dem Ergebnis, daß beide Vorschriften - sowohl § 1 als auch § 38 I Ziff. 1 - zu den Normen gehören,

---

1) § 35 Tz 19
2) § 35 Tz 23
3) WuW 1959, 485 ff.
4) vgl. oben S. 1o wo die Haltbarkeit dieses Arguments bereits in Abrede gestellt worden ist
5) s.a.a.O.S.489/9o
6) a.a.O.S. 49o

welche in erster Linie den Schutz des Wettbewerbs als Institution der Marktwirtschaft bezwecken und daher keine Schadensersatzansprüche gemäß § 35 auslösen können.

2. Die Befürworter des Individualschutzzwecks (Individualschutztheorie)

Dem steht als einer der entschiedensten Verfechter der Individualschutztheorie L u k e s [1] gegenüber. Er lehnt den Institutionsschutzzweck grundsätzlich ab, weil keine Institution um ihrer selbst willen geschützt werde. Aber selbst bei Annahme des Institutionsschutzzwecks müssen nach seiner Auffassung daneben zumindest noch die Personen als geschützt angesehen werden, die begriffsnotwendig zum Ablauf des wirtschaftlichen Wettbewerbs erforderlich sind, die Wettbewerber also und die Kunden. Zur Begründung des Schutzes gerade auch der Kunden führt er an, daß das Kartellverbot weder zum Schutz des Wettbewerbs als Institution noch zum Schutz der Wettbewerber untereinander erforderlich sei. Einen speziellen Schutz der Institution des Wettbewerbs hält er deshalb für überflüssig, weil durch die Sicherung der freien wirtschaftlichen Bestätigung der einzelnen Wettbewerber der Wettbewerb als Institution zwangsläufig mitgesichert sei. Die Wettbewerber ihrerseits sieht er durch die Boykott- und Diskriminierungsverbote sowie durch die freie Kündigungs- oder Austrittsmöglichkeit aus dem Kartell (§ 13) als genügend geschützt an. Daraus schließt er, § 1 habe nur dann einen eigenen Sinn, wenn er den Schutz der Kunden, bzw. beim Abnehmerkartell den der Anbieter bezwecke, zumal sie die einzige für den wirtschaftlichen Wettbewerb begrifflich wesentliche Personengruppe darstellten, deren wirtschaftliche

---

1) Kartellvertrag, S. 185 ff.

Betätigung anderenfalls ohne besonderen Schutz bliebe[1].

F i k e n t s c h e r [2] stellt ab auf den Sinn der Gesetzgebung, die Märkte offen zu halten. Hieraus entnimmt er, es solle den am Markt vorhandenen Anbietern und Abnehmern die freie Wahl des Vertragspartners zu solchen Bedingungen ermöglicht werden, wie sie dem jeweiligen Stand der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung entsprächen. Das Kartellverbot sei deshalb nur im Zusammenhang mit den Beziehungen zwischen den Mitbewerbern auf der einen und den Kunden auf der anderen Marktseite zu verstehen; daraus ergebe sich, daß es ein Schutzgesetz sei, das sowohl den Schutz der Mitbewerber als auch den der Kunden bezwecke[3]. Darüberhinaus leitet er den Schutz des einzelnen im Kartellrecht aus dem durch Art. 2 I GG garantierten Persönlichkeitsschutz ab[4], den er einen "gespaltenen" Persönlichkeitsschutz nennt. Gespalten insofern, als er sich bezieht einmal auf die Sicherung des Besitzstandes und zum anderen auf die Freiheit, Neues zu erwerben. In letzterem sieht Fikentscher den Ansatzpunkt zu einem grundsätzlichen Verständnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen. Aus dieser Sicht kommt er zu dem Schluß, Art. 2 I GG gewährleiste im Hinblick auf das Wirtschaftsleben jedem das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung. Er hält daher das Kartellverbot für den Bestandteil eines verfassungsmäßigen Systems der Wettbewerbsfreiheit[5].

---

1) a.a.O.S. 186
2) BB 1956, 793 ff.
3) a.a.O.S. 795
4) Wettbewerb, S. 2o7 ff.
5) Der Vorwurf R a i s e r s (Zeitschr. des Bernischen Jur.Vereins 196o, 148/49), Fikentscher sehe den Freiheitsschutz im Wettbewerbsrecht als zu einem selbstständigen subjektiven Recht i.S. des § 823 I BGB verfestigt an, ist unberechtigt. Das ergeben die Ausführungen Fikentschers a.a.O. S.215 ff. eindeutig. Lediglich die Schutzfunktion zugunsten des einzelnen fließt nach seiner Auffassung aus dem durch Art. 2 I GG garantierten Persönlichkeitschutz

F l u m e [1], der sich wie Würdinger rechtsvergleichend mit dem amerikanischen Antitrustrecht beschäftigt, vermag im Gegensatz zu diesem keinen grundlegenden Unterschied in der Intention des amerikanischen und des deutschen Kartellrechts festzustellen. Nach seiner Auffassung will das GWB ebenso wie das Antitrustrecht auch den einzelnen schützen. Er tritt vor allem der Meinung entgegen, der Institutionsschutzzweck schließe den Individualschutzzweck zwangsläufig aus. Unter Berufung auf die amerikanische Rechtssprechung[2] und den "Report of the Attorney General's National Commitee"[3] weist er darauf hin, daß das Antitrustrecht neben dem offensichtlichen Individualschutz auch den Schutz des Wettbewerbs als Institution gewährleiste. Somit lehre gerade das amerikanische Recht, daß die Gewährleistung des Institutionsschutzes und private Schadensersatzansprüche durchaus miteinander zu vereinbaren sind[4]. Flume billigt dem Drittvertragspartner also grundsätzlich einen privaten Schadensersatzanspruch aufgrund des Kartellverbots zu. Er macht allerdings eine sehr bemerkenswerte Ausnahme: In den Fällen, in denen auf der Grundlage einer verbotenen Preisabsprache ein Marktpreis entstanden ist, d.h. wenn die verbotene Preisabsprache einen neuen, ihr entsprechenden Marktpreis konstituiert hat, verneint er die Möglichkeit des Schadensersatzes[5].

Von den übrigen Befürwortern[6] des Schadensersatzanspruches verdient noch Hefermehl hervorgehoben zu werden. Seiner An-

---

1) WuW 1956, 457 ff.
2) Nachweise unter Anm. 25 a.a.O.
3) auszugsweise zitiert von Flume a.a.O.S.466
4) a.a.O.S.467
5) a.a.O.S.461
6) Die restlichen, nicht ausdrücklich genannten Vertreter dieser Auffassung bringen keine oder keine wesentliche Begründung. S. Mayer-Wegelin § 35 Anm.3; Langen § 35 Anm. III 2; Remmert S. 22; Spengler WuW 1960, 416 ff. u.1954 201; Deringer NJW 1956, 1714; Müller JZ 1954, 725 N 86 u. BB 1947, 138; Nehlert JR 1952, 181; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht S. 386; Rainer a.a.O. S. 148

sicht nach gehören die Sicherung des Wettbewerbs als Institution und der Schutz der individuellen Freiheit des einzelnen Marktteilnehmers untrennbar zusammen[1]. Er begründet den Individualschutzzweck des Kartellverbots mit der gesellschaftspolitischen Zielsetzung des GWB. Denn ihmzufolge steht die Schaffung einer Freiheitsordnung auf gesellschaftlichem Gebiet, innerhalb der dem einzelnen die freie Entscheidung auch im wirtschaftlichen Bereich gesichert ist, als zumindest gleichwertiges Ziel neben der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des Gesetzes. Die Sicherung des freien Wettbewerbs ist ihm der Garant der persönlichen Freiheit im Rahmen einer sozialen Ordnung[2].

Die bisher wiedergegebenen Stellungnahmen lassen durchweg erkennen, wie sehr sich die einzelnen Diskussionsteilnehmer bei der Entscheidung der Schadensersatzfrage an ihrer Einstellung zu den Zielen des Kartellgesetzes überhaupt orientiert haben. Es wurde ja bereits betont, daß die Lösung des speziellen Problems mit der Beantwortung dieser grundsätzlichen Frage überhaupt eng verknüpft ist.[3] Deshalb dürfen auch die Auffassungen nicht außer Acht bleiben, die zwar nicht expressis verbis den privaten Schadensersatzanspruch bejahen, die aber aufgrund ihrer Einstellung zur ratio des GWB und des Kartellverbots zum gleichen Ziel gelangen.

An erster Stelle sind B i e d e n k o p f [4] und G ü n t h e r [5] zu nennen. Biedenkopf erkennt die wirtschaftspolitische Zielsetzung zwar an, er warnt jedoch zugleich

---

1) Baumb.H. § 35 Anm. 4
2) Baumb.H. Einl. Anm. 5
3) s.oben S.18/19
4) Grundsatzfragen, S. 11 ff.
5) NJW 1957, 1704 ff.; WuW 1957, 679 ff.; BB 1957, 721 ff.; WuW 1958, 379 ff; GRUR 1958, 575; MA 1959, 275 ff.

vor dem Schluß, das GWB beruhe nur auf wirtschaftspolitischen Erwägungen. Er ist der Ansicht, der Zweck des Gesetzes erschöpfe sich eben nicht allein in der Wohlstandsförderung, sondern es mache sich daneben auch die Gewährleistung der wirtschaftlichen Freiheiten des einzelnen zur Aufgabe. Dies sei die Folge der durch das Grundgesetz garantierten "gleichheitsgebundenen Freiheit für alle" [1]. Günther hat die Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit des Kartellgesetzes herausgestellt[2]. Oberster Grundsatz des GWB ist nach ihm die Erhaltung und Förderung des Wettbewerbs durch den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungs- und Entscheidungsfreiheit des Unternehmers[3]. Er hält das Gesetz für das wirtschaftspolitische Gegenstück zur politischen Demokratie, das die wirtschaftliche Freiheit des Unternehmers gegenüber dem Mißbrauch der Freiheit durch andere schützen und so das verfassungsmäßig garantierte Recht der freien wirtschaftlichen Betätigung als die Grundlage einer freien wirtschaftlichen Ordnung sichern will. Ja, er nennt das GWB sogar die "Magna Charta" der Wirtschaftsfreiheit[4].

Diese Ansicht teilen im wesentlichen auch Brugger[5] und Königs[6]. Brugger sieht den Schutz der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen als Ausfluß des in Art. 2 GG jedermann garantierten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit an. Das Recht auf freie Entfaltung

---

1) a.a.O. S. 32
2) s.oben S. 29 Anm. 5
3) WuW 1957, 682
4) BB 1957, 721; Diese Darstellung beweist im übrigen, daß der Frankf.Komm. (§ 35 Tz 2o) Günther mißversteht und ihm zu Unrecht die Auffassung zuschreibt, § 1 solle aus politischen u. soziologischen Gründen nur die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs als Institution sichern.
5) Brugger WuW 1959, 467 ff.
6) Königs NJW 1961, 1o41/42

der Persönlichkeit bezeichnet er als den persönlichen, die Erhaltung des Wettbewerbs als Institution als den sachlichen Ansatzpunkt für die Anwendung und Auslegung des GWB[1]. Königs fügt dem noch hinzu, das GWB sei eine notwendige Ergänzung zu unserer auf Vertragsfreiheit und Privatautonomie aufgebauten Privatrechtsordnung. Es verhindere die einseitige private Normensetzung unter Ausnutzung wirtschaftlicher Macht und strebe so die Sicherung der wirtschaftlich Schwächeren an[2].

Bemerkenswert an den vorstehend wiedergegebenen Auffassungen ist - das soll schließlich nicht unerwähnt bleiben -, daß sie sämtlich auch die wirtschaftspolitische Zielsetzung des GWB nicht völlig in Abrede stellen wollen. Das trifft selbst für Lukes und Fikentscher zu, die deshalb von Königs[3] nicht ganz zu Recht als Verfechter eines reinen Individualschutzes eingestuft werden. Lukes läßt es letztlich offen, ob das Kartellverbot den Schutz des einzelnen allein oder neben dem Institutionsschutz bezweckt[4]. Fikentscher sagt ausdrücklich, das Kartellrecht bezwecke sowohl den Schutz der Allgemeinheit als auch den des einzelnen[5]. Beide stellen wie auch Biedenkopf[6] und Königs selbst[7] den Individualschutzzweck lediglich als das vorrangige Schutzgut über den Institutionsschutzzweck[8]. Es sind also im Grunde nicht drei verschiedene Meinungsgruppen zur ratio des GWB vorhanden, sondern nur zwei[9].

---

1) a.a.O. S. 471
2) a.a.O. S. 1o41
3) a.a.O. S. 1o41
4) vgl. die Ausführungen a.a.O.S. 186/87
5) Wettbewerb, S. 2o3 oben u.S. 21o
6) a.a.O.S. 36
7) GRUR 1958, 589
8) Gegen eine Überbewertung der einen oder anderen Zielsetzung wendet sich Brugger a.a.O.S. 471
9) vgl. dazu schon oben S. 2o Anm. 2

II. Ablehnung der reinen Institutionsschutz theorie

Nachdem nun durch die gegenüberstellung beider Meinungsgruppen die Fronten klar abgesteckt sind, gilt es den Nachweis dafür zu erbringen, daß die Individualschutztheorie den Vorzug verdient. Zu diesem Zweck soll zunächst die reine Institutionsschutztheorie, die also neben dem Schutz des Wettbewerbs als Institution kein anderes Schutzgut duldet und den Individualschutzzweck strikt ablehnt, einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

1. Kritik der Meinungen

Die Auffassungen der Individualschutzgegner kranken in erster Linie an der allzu einseitigen Überbewertung des Institutionsschutzzwecks. Institutionsschutz und Individualschutz schließen sich aber begrifflich nicht gegenseitig aus. Beide können sehr wohl als gleichwertige Schutzgüter nebeneinander stehen. Deshalb beweist die Feststellung des Institutionsschutzzwecks keineswegs schon, daß für die Intention des Individualschutzes kein Raum mehr ist. Ebensowenig rechtfertigt sie die vielfach aufgestellte Behauptung, der Schutz des einzelnen Marktteilnehmers sei nur eine Reflexwirkung des Institutionsschutzes[1]. Gegen diese Behauptung spricht überdies die folgende Überlegung: Die zukünftigen Drittvertragspartner werden durch den Abschluß eines Kartellvertrages primär berührt. Gerade im Hinblick auf sie wird die Kartellabsprache in der Regel getätigt. Ihre Position im Rahmen zukünftiger

---

1) s.oben Würdinger S. 22; Ballerstedt S. 22 Benisch S.24; ebenso Leo a.a.O. Anm. 14; v.d.Goltz a.a.O.; Benzenberger a.a.O. S. 210; Rasch § 35 Anm. 2

Geschäftsbeziehungen soll durch den Inhalt des Kartellvertrages geschwächt werden. So wenig aber diese Folge eine bloße Reflexwirkung des Kartells, sondern dessen beabsichtigtes Ziel ist[1], so wenig kann man den Schutzinhalt des Kartellverbots in Bezug auf den Drittvertragspartner nur als Reflex ansehen.

Auch der Versuch, die Ablehnung des Individualschutzzwecks auf das Gesetz selbst und die Gesetzesmaterialien zu stützen, vermag nicht zu überzeugen. Einmal deshalb nicht, weil diese Versuche sich immer wieder in der negativen Feststellung erschöpfen, weder das GWB selbst noch die Materialien ergäben Anhaltspunkte für die Anerkennung eines individuellen Freiheitsschutzes, bzw. umgekehrt, die zu seiner Begründung vorgetragenen Argumente seien durchweg volkswirtschaftlicher Natur[2]. Selbst wenn die Richtigkeit dieser Aussagen über jeden Zweifel erhaben wäre, ist damit keineswegs schon positiv zum Ausdruck gebracht, daß der Schutz des einzelnen nicht gewährleistet werden soll; denn zwischen dem bloßen Nichterwähnen und der ausdrücklichen Ablehnung liegt ein beachtenswerter Unterschied. Zum anderen zeigt auch die bewegte Entstehungsgeschichte des GWB, mit welcher Vorsicht die während der Entstehung des Gesetzes geäußerten Auffassungen sowie der Wortlaut selbst zu beurteilen sind. Kaum ein anderes deutsches Gesetz ist

---

1) vgl. hierzu Lukes a.a.O. S. 176 ff., der allerdings auch von Reflexwirkungen spricht; und zwar bezeichnet er die hier behandelten Kartelle als Willenseinigungen mit "gewollten" Reflexwirkungen. Diese Terminologie ist m.E. unrichtig und ein Widerspruch in sich selbst. Eine gewollte Wirkung kann keine Reflexwirkung sein. Eine Reflexwirkung ist vielmehr nur die Begleiterscheinung einer Hauptwirkung.

2) vgl. oben Würdinger S. 22; Ballerstedt S. 22; Benisch S.24; Frankf.Komm.S. 24

schon im Stadium seiner Entstehung so heftig umstritten gewesen. Nicht von ungefähr hat deshalb S t r i c k r o d t [1] schon vor der Verabschiedung die Prognose aufgestellt: "Bei so tiefgehenden Kontroversen, wie sie in den Debatten um den Entwurf des GWB bereits zutage getreten sind, muß damit gerechnet werden, daß der in der letzten Phase mit der Stimmabgabe in Erscheinung tretende Kompromiß sich nur auf den nackten Text bezieht, über dessen Praktizierung weitgehende Meinungsverschiedenheiten bestehen bleiben werden." Wie recht er haben sollte, beweist die bis heute andauernde Diskussion über die Auslegung einer Anzahl von Bestimmungen des GWB. Es ist demnach sehr gewagt, aus dem Gesetz selbst oder aus den Gesetzesmaterialien einen absoluten Schluß gegen den Individualschutzzweck des Kartellverbots zu ziehen, zumal der Gesetzgeber bewußt offen gelassen hat, welche Bestimmungen zu den schadensersatzbegründenden Schutzvorschriften i.S. des § 35 gehören[2]. Im übrigen aber sei noch mit B r u g g e r [3] darauf hingewiesen, daß gerade die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf und der von Würdinger[4] bemühte Bundeswirtschaftsminister sich verschiedentlich auch für die Erhaltung der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen als Ziel des GWB ausgesprochen haben. So wird z.B. in der amtlichen Begründung (Einl.Anm. 1) gefordert, daß die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen erhalten werden müsse, um eine freiheitliche Wirtschaftsordnung sicherzustellen. Und im Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (B II) wird zu dieser Frage auf die Begründung verwiesen, die der Bundeswirtschaftsminister in der ersten Lesung im Bundestag am 26.Juni 1952 zum GWB gegeben hat: Das Gesetz bedeute das

---

1) WuW 1957, 79
2) s.oben S. 4 Anm. 2
3) a.a.O. S. 469
4) WuW 1953, 726

Korrelat zur politischen Demokratie, weil es die Freiheit der Verbraucher und darüberhinaus den Fortschritt in der Wirtschaft zum allgemeinen Nutzen sichere. Die Freiheit zur Unterbindung der Freiheit sei mit einem freiheitlichen, marktwirtschaftlichen System unvereinbar.

Eine weitere Schwäche der reinen Institutionsschutztheorie zeigt sich darin, daß sie weitgehend mit wissenschaftlich nicht ernst zu nehmenden Z w e c k m ä ß i g k e i t s e r w ä g u n g e n gegen den Individualschutzzweck des Kartellverbots argumentiert. Das gilt vor allem für den mehrfachen Hinweis auf die unverkennbar schwierige Schadensberechnung[1] sowie für das Argument, die Gewährung eines privaten Schadensersatzanspruches werde "unübersehbare und rechtlich kaum mehr beherrschbare Folgen und Störungen des Wirtschaftslebens" nach sich ziehen[2] Das P r o b l e m der S c h a d e n s b e r e c h n u n g n g wird erst akut, nachdem zuvor die Zulässigkeit des Schadensersatzanspruches bejaht worden ist. Es ist also gegenüber der Frage nach dem Schutzzweck des § 1 zweitrangig. Eine logisch vorrangige Frage darf aber nicht deshalb in einem bestimmten Sinn entschieden werden, weil diese Entscheidung etwa später sich ergebenden unliebsamen Schwierigkeiten vorbeugt. Zweckmäßigkeitsentscheidungen solcher Art eignen sich für eine wissenschaftliche Begründung nicht. Die Bejahung des privaten Schadensersatzanspruches kann daher keinesfalls an der Konsequenz einer problematischen Schadensberechnung scheitern. Wenn die Auslegung des Kartellverbots tatsächlich zur Anerkennung des Indivi-

---

1) s.oben Ballerstedt S. 22; Strickrodt S. 23; Benisch S. 24; Frankf. Komm. S. 24 unter Berufung auf Ballerstedt auch Rasch § 35 Anm. 2

2) so Benisch u. Frankf.Komm. oben S. 24 bzw. im Anschluß an BGH WuW/E 153 = WUW 1956, 675 = NJW 1956, 2101 = BB 1956, 608 (Speditionsbedingungen); vgl. dazu auch oben S.24 Anm.6

dualschutzes führt, so muß auch das Problem der Schadensberechnung bewältigt werden[1]. Nicht anders ist es mit der Befürchtung, die Gewährung des privaten Schadensersatzanspruches werde unübersehbare Störungen des Wirtschaftslebens zur Folge haben. Dieses Argument entspringt ebenfalls reinem Zweckdenken und ist daher zurückzuweisen. Zudem steht ihm die zutreffende Überlegung Deringers[2] entgegen, eine echte Vertragsfreiheit sei ohne Freiheit des Wettbewerbs nicht denkbar. Deshalb müsse es sich letzten Endes doch irgendwie auf die rechtliche Beurteilung des Drittvertrages auswirken, wenn durch die Kartellarbrede das Gleichgewicht auf dem Markt gestört werde und - wie er mit Fikentscher[3] sagt - dem Drittvertragspartner Bedingungen auferlegt werden, die nur durchgesetzt werden können, weil ihm ein Ausweichen auf günstigere Angebote wegen des Kartells nicht möglich sei; denn sonst sei die Vertragsfreiheit mangels Wettbewerbsfreiheit für ihn illusorisch. Unter diesem Aspekt wird gleichzeitig auch die von Strickrodt[4] für die Beurteilung der Drittwirkungsfrage gezogene Parallele zwischen den §§ 134 und 823 II BGB hinfällig.

Recht abwegig erscheint die Ansicht, das Kartell beschränke grundsätzlich nur die wirtschaftliche Freiheit der Kartellmitglieder selbst, das Kartellverbot verbiete also nur Beschränkungen der eigenen Freiheit[5]. Lukes hat in seinem Werk eingehend nachgewiesen, daß der Kartellvertrag ein Vertrag mit Außenwir-

---

1) zum Problem der Schadensberechnung s.unten Teil II der Arbeit
2) NJW 1956, 1714
3) BB 1956, 794
4) s.oben S. 23
5) Benisch oben S. 24

kungen ist, und zwar in der Regel mit "gewollten" Außenwirkungen, die auf die Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit zukünftiger Drittvertragspartner abzielen [1]. Die gleichzeitige Beschränkung der eigenen Freiheit wird im Interesse dieses Zwecks in Kauf genommen, auf keinen Fall aber erschöpft sich darin der tiefere Sinn des Kartellverbots.

Keiner weiteren Auseinandersetzung bedarf es der Auffassung Leos [2], der wie gesagt - eine Sonderstellung unter den Individualschutz gegenern einnimmt. Die Haltbarkeit seiner Forderung, eine Schutzvorschrift i. S. des § 35 müsse den E i n z e l s c h u t z i n e r s t e r L i n i e bezwecken, ist bereits ausführlich in Abrede gestellt worden [3]. Auch haben die Ausführungen zum Verbotscharakter des § 1 schon ergeben, daß von einem Kartell<u>verbot</u> nur insoweit die Rede sein kann, als § 38 I Ziff. 1 dem § 1 den fehlenden Verbotscharakter beisteuert [4]. Eine weitere Funktion hat § 38 I Ziff. 1 in diesem Zusammenhang nicht. Es ist deshalb verfehlt, wenn Leo den Schutzinhalt beider Vorschriften getrennt untersucht und auf diese weise in beiden Fällen zu einer Verneinung des Individualschutzzwecks kommt. Angelpunkt der Untersuchung bleibt allein die Auslegung des § 1.

Eindrucksvoll zumindest in seiner Ausgangsstellung erscheint eigentlich nur eines der gegen den Individualschutzzweck des Kartellverbots vorgetragenen Argumente: Der Gesichtspunkt nämlich, auch aus dem geltenden V e r f a s s u n g s r e c h t, i n s b e s o n d e r e aus A r t. 2 I GG lasse sich ein Schutz der wirtschaftlichen Freiheit des einzel-

1) vgl. a.a.O.S. 176 ff.
2) s. oben S.25
3) s. oben S.10
4) s. oben S.17

nen durch das Kartellverbot nicht herleiten[1]. Da diese Frage jedoch im Rahmen dieser Arbeit noch Gegenstand einer besonderen, ausführlichen Untersuchung sein wird[2], soll vorerst dahingestellt bleiben,ob die aufgezeigte Schlußfolgerung unangreifbar ist.

2. Nachweis der Unrichtigkeit der Theorie

Während sich die Auseinandersetzung mit der reinen Institutionsschutztheorie bisher auf eine negative Kritik der zu ihrer Unterstützung vorgetragenen Argumente beschränkt hat, soll nunmehr gezeigt werden, daß diese Theorie in ihrer konsequenten Durchführung sich selbst widerlegt. Gegen ihre Richtigkeit erheben sich die folgenden gewichtigen Bedenken:

a) Die Einheit des Wettbewerbs und seiner Beteiligten

Zunächst spicht gegen die Theorie ein Argument, das auch die Befürworter des Individualschutzes zum Teil schon anklingen lassen, daß nämlich der Wettbewerbsschutz als solcher zwangsläufig den Schutz derjenigen Personen, die begriffsnotwendig zum Wettbewerb gehören, mitumfassen müsse. Das Kartellverbot sei nur im Zusammenhang mit den Beziehungen der Mitbewerber auf der einen und den Kunden auf der anderen Marktseite zu verstehen.[3]

Diese Einstellung entspricht konsequent dem Wesen des Wettbewerbs. Der Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft

---

1) s.oben Würdinger S.21 u. Strickrodt S. 23; auch Benisch WuW 1961, 776
2) s.unten § 4 III 2.
3) vgl. Fikentscher BB 1956, 793 u. 795; Lukes a.a.O. S.185; Baumb.H. § 35 Anm. 4 Günther BB 1957, 721

wird durch die Mitbewerber auf der einen und die Kunden auf der anderen Marktseite verkörpert. Er vollzieht sich unter den Mitbewerbern derselben Wirtschaftsstufe und desselben Marktes, und er findet statt in Bezug auf die Kunden. Beide Marktseiten in ihrer Wechselbeziehung zueinander machen erst den Wettbewerb aus. So wenig man diese Verbundenheit von Wettbewerb und der am Wettbewerbsprozeß unmittelbar Beteiligten trennen kann, so wenig kann man auch den Wettbewerbsschutz und den Beteiligtenschutz voneinander trennen. Der Schutz des einen kommt dem anderen notwendig mitzugute. Sind aber in den Wettbewerbsschutz die Beteiligten miteinbezogen, so muß das für alle Beteiligten gelten, für die Wettbewerber und erst recht für die Kunden. Denn ohne die Kunden ist der Wettbewerb undenkbar. Sie sind die Triebfeder, die Ursache und das Ziel jedem Wettbewerbs. Die Kunden sind es auch, die durch eine Veränderung der Wettbewerbslage in erster Linie betroffen, im Falle einer Wettbewerbsbeschränkung in der Regel benachteiligt werden. Wenn nun der Gesetzgeber die Realisierung einer solchen Wettbewerbsbeschränkung verbietet, begünstigt er gleichzeitig die Kunden unmittelbar.

b) Kein vollkommener Institutionsschutz ohne Individualschutz

Der Gesetzgeber muß die Kunden sogar begünstigen wollen, wenn man als Ziel des Kartellverbots den Schutz des Wettbewerbs als Institution ansieht. Denn hinter dem Institutionsschutzzweck steht der Gedanke an das Wohl der Allgemeinheit[1]. Will der Gesetzgeber aber durch den Schutz des

---

1) vgl. amtl. Begr.z.Reg.Entw. S.21 (A I) Gen.Komm.§ 35 Anm. 3; Leo a.a.O. S.487; Königs GRUR 1958, 589; Möhring WuW 1955, 93 u. 1954, 387; Isay,Geschichte S.75

Wettbewerbs das Allgemeinwohl sichern, weil der freie Wettbewerb - wie W ü r d i n g e r[1] es ausdrückt - "den optimalen volkswirtschaftlichen Effekt erzielt", so kommt er nicht umhin, auch den am Wettbewerbsprozeß beteiligten Kunden zu schützen. Er muß ihn einfach deshalb schützen, weil sich die angestrebte Sicherung des Allgemeinwohls anderenfalls nicht vollauf verwirklichen läßt. Ohne die Gewährung des Einzelschutzes ist es z.B. im Falle eines realisierten Preiskartells kaum zu verhindern, daß der überhöhte Preis bis auf die Verbraucher, die Repräsentanten der Allgemeinheit, weiter gewälzt wird. Denn niemand wird dem Drittvertragspartner einen Verzicht auf die Weiterwälzung zumuten können, solange er nicht selbst die Möglichkeit hat, sich gegen die Preisüberhöhung mit Erfolg zur Wehr zu setzen, zumal staatliche Sanktionen gegenüber dem Kartell, wie die Ahndung des Kartellverstoßes durch eine Buße, ihm als dem unmittelbar Beeinträchtigten nicht zugute kommen. Die Vorenthaltung des privaten Schadensersatzanspruches würde also in diesem Fall der Beeinträchtigung des Allgemeinwohls geradezu Vorschub leisten. Daran zeigt sich, daß die mit dem Institutionsschutzzweck erstrebte Sicherung des Allgemeinwohls ohne die Existenz eines wirksamen Individualschutzes unvollkommen bleibt. Völlig bedenkenfrei erscheint dieser Rückschluß allerdings nicht. Zum ersten befriedigt es nicht ganz, daß der einzelne nicht um seiner selbst, sondern letztlich doch um des Allgemeinwohls willen geschützt würde. Dem läßt sich jedoch entgegen halten, daß die Motive für seinen Schutz gleichgültig sind. Wesentlich ist, daß er geschützt wird.

---

1) WuW 1953, 721 ; ders. auch Vorwort zu Neumeyer, Monopolkontrolle S. XI

c) Institutionsschutzzweck und Verbot von Abnehmerkartellen

Schwerer zu wiegen scheint indes auf den ersten Blick ein zweiter Mangel. Die angestellte Überlegung überzeugt nicht, wenn das Kartell auf der Abnehmer-, der Drittvertragspartner aber auf der Anbieterseite steht. In diesem Fall werden dem Drittvertragspartner Vertragsbedingungen aufgezwungen, durch welche die nachfolgende Wirtschaftsstufe - die im Kartell zusammengeschlossenen Abnehmer - günstiger gestellt werden. Diese Besserstellung müßte bei normalen Ablauf des Geschäftsverkehrs auch den weiteren Wirtschaftsstufen und im Endeffekt dem Verbraucher und somit der Allgemeinheit zugute kommen. Eine solche Entwicklung würde mithin das Allgemeinwohl fördern. Eine Beeinträchtigung des Allgemeinwohls durch ein Kartell auf der Abnehmerseite hingegen ist kaum denkbar, denn schlechtestenfalls wird die Weitergabe der gezogenen Vorteile von den Kartellmitgliedern unterlassen. Es ist also nicht ersichtlich, inwieweit das Allgemeinwohl durch das Abnehmerkartell geschädigt werden könnte, zwingt es doch den anbietenden Drittvertragspartner zu einem dem Allgemeinwohl allenfalls zuträglichen Verhalten[1]. Folglich dürfte der Gesetzgeber hier entsprechend der reinen Institutionsschutztheorie auch kein Interesse daran haben, dem Drittvertragspartner einen privaten Schadensersatzanspruch aufgrund des Kartellverbots zuzugestehen. Die Annahme, der Institutionsschutz sei unvollkommen ohne den Individualschutz, trifft daher für diesen Fall nicht zu.

---

1) Ausnahmefälle, wie etwa der, daß der anbietende Drittvertragspartner infolge des Kartells zu einem ruinösen Preis- oder minderwertigen Warenangebot gezwungen wird, bleiben hier außer Betracht.

Dieser Gedankengang vermag die Argumentation gegen die reine Institutionsschutztheorie jedoch nur scheinbar zu entkräften. Die Kehrseite der Überlegung zeigt nämlich, daß hier zugleich der Punkt erreicht ist, der die Theorie zwingend widerlegt.

Hätte der Gesetzgeber durch das Kartellverbot nur die Institution des Wettbewerbs zum Wohle der Allgemeinheit schützen wollen, so hätte er das Abnehmerkartell, welches das Wohl der Allgemeinheit keinesfalls beeinträchtigt, sondern eher fördert, billigen müssen. Gleichwohl hat er auch diesem Kartell durch § 1 den Rechtsschutz entzogen und seine Realisierung durch § 38 I Ziff. 1 verboten[1]. Das aber läßt sich mit der Zielsetzung der reinen Institutionsschutztheorie nicht vereinbaren. Hieraus folgt eindeutig, daßdas Kartellverbot noch einen zweiten Schutzinhalt haben muß, der über den reinen Institutionsschutzzweck hinaus geht. Und das kann nach allem nur der Individualschutz sein!

---

1) vgl. u.a. Baumb.H. § 1 Anm. 51; Rasch § 1 Anm. 43; Langen § 1 III 2 a.E.

III. Bestätigung der Individualschutztheorie

1. Hinweis auf die amerikanische Regelung

Mit Recht ist bei der Erörterung des individuellen Freiheitsschutzes durch das GWB und das Kartellverbot wiederholt ein Vergleich zur Rechtslage und Zielsetzung des US amerikanischen Kartellrechts gezogen worden[1]. Ein solcher Vergleich bietet sich an, weil das amerikanische Kartellrecht den Nährboden für die vor Erlaß des GWB in der Bundesrepublik geltenden alliierten Dekartellierungsbestimmungen bildete[2]. Deshalb liegt der Gedanke nicht fern, die Grundsätze des amerikanischen Kartellrechts könnten über die alliierten Dekartellierungsbestimmungen auch Eingang in das GWB gefunden haben.

Gesetzliche Grundlage des amerikanischen Kartellrechts ist die sogn. Anti-Trust-Doctrin, die in verschiedenen Gesetzen, insbesondere im Sherman-Act von 1890, im Clayton-Act von 1914 und im Federal Trade Commision-Act von 1914 verkörpert ist[3]. In diesen Gesetzen sind die staatlichen und auch private Mittel für die Verhinderung und Kontrolle wirtschaftlicher Macht verankert.

a) Der Dreifachschadensersatzanspruch

Eines der privaten Mittel ist der sogn. Dreifachschadensersatzanspruch (action for treble damages). Dieser Anspruch ist in Sec. 7 des Sherman-Act und Sec. 4 des Clayton-Act gesetzlich fixiert. Er gibt jeder privaten und juristischen

---

1)s.oben Würdinger S.21 u.Flume S.28 vgl.auch Strickrodt a.a.O. S. 76 ff.
2)H.M. vgl. Flume a.a.O. S.457 mit weiteren Nachweisen, auch Biedenkopf a.a.O. S. 19
3)Friedländer JZ 1957, 649

Person, die durch eine von den Anti-Trust Gesetzen verbotene Wettbewerbsbeschränkung oder Monopolbildung einen Schaden erlitten hat, das Recht, den Schädiger auf den dreifachen Betrag ihres Schadens zu verklagen, sowie auf Ersatz der Kosten der Klage einschließlich angemessener Anwaltsgebühren[1]. Zuständig für eine solche Klage sind die Bundesgerichte 1. Instanz (district courts)[2]. Die Zuerkennung des dreifachen Schadensersatzes hängt nach den gesetzlichen Bestimmungen (Sec. 7 Sherman-Act und Sec.4 Clayton-Act) von folgenden Voraussetzungen ab:

1. Verletzung der Anti-Trust Gesetze durch den Beklagten,

2. Schädigung des Klägers und

3. Kausalzusammenhang zwischen Verletzung der Anti-Trust Gesetze und Schaden.

Der Geschädigte braucht nicht ein Konkurrent des Beklagten zu sein[3]. Hieraus ergibt sich, daß auch der Drittvertragspartner den Dreifachschadenersatzanspruch geltend machen kann, sofern das Kartell eine ungesetzliche Wettbewerbsbeschränkung i.S. von Sec. 1 Sherman-Act darstellt.

Der im deutschen Recht so umstrittene private Schadensersatzanspruch aufgrund des Kartellverbots ist damit für das amerikanische Recht ausdrücklich anerkannt.

Es wäre aber verfehlt, allein aus dieser Gegebenheit des amerikanischen Antitrustrechts den Schluß zu ziehen, daß GWB habe in Anlehnung daran dem Drittvertragspartner die gleiche Möglichkeit einräumen wollen, selbst wenn man der

---

1) vgl. Neumeyer, Monopolkontrolle S. 77; Trumpler Unl. Wettbewerb S. 87; Curti, Antitrustrecht S. 3o; Oppenheim, Cases S. 25
2) Trumpler a.a.O. S. 88
3) Curti a.a.O. S. 62

Ansicht wäre, das Gesetz sei wie die alliierten Dekartellierungsbestimmungen nach dem Vorbild der Anti-Trust Gesetze abgefaßt. Der Grund dafür ergibt sich aus der Struktur des Dreifachschadensersatzanspruches selbst: Die Zubilligung eines Schadensersatzanspruches auf das Dreifache des nur einmal erlittenen Schadens - dieser Widerspruch zu den allgemeinen Prinzipien der Schadensdeckung - beweist, daß es dem Anti-Trust-Gesetzgeber nicht so sehr an einer Reparatur des Schadens als an der Beteiligung des einzelnen am Kampf gegen die trusts gelegen war. Die Aussicht auf dreifachen Schadensersatz soll dem Kläger trotz des hohen Prozeßrisikos Anreiz zur Klage geben[1]. Mit einer solchen Zielsetzung aber ließe sich der Individualanspruch aufgrund des Kartellverbots des deutschen GWB schon aus gesetzestechnischen Erwägungen nicht begründen. Der Gesetzgeber hat die privaten Schadensersatzansprüche des GWB in Anlehnung an § 823 II BGB durch eine Blankettvorschrift (§ 35) geregelt, zu deren tatbestandsmäßigen Voraussetzungen die Verletzung einer Schutzvorschrift gehört. Nach dem Schutzgesetzbegriff des deutschen Rechts, wie er zu § 823 II BGB entwickelt wurde und auch für § 35 gilt, kann aber der Schutzgesetzcharakter einer Norm nur mit dem Nachweis begründet werden, daß sie den Schutz des einzelnen bezweckt[2]. "Taktische"Erwägungen der Art, wie sie zur Schaffung des amerikanischen Dreifachschadensersatzanspruches geführt haben, finden keine Berücksichtigung.

b) Der Freiheitsschutz im amerikanischen Recht

Läßt sich also in diesem speziellen Punkt keine Brücke zum amerikanischen Antitrustrecht schlagen, so doch aus einer

---

1) vgl. Neumeyer a.a.O. S. 78; Oppenheim a.a.O. S. 25 Anm.41, 42; Curti a.a.O. S. 30 u. 62 auch Flume a.a.O. S. 466

2) s.oben § 2 I S. 8

anderen Sicht. Mag auch der Dreifachschadenersatzanspruch in erster Linie als ein privates Mittel zur Unterstützung der amerikanischen Antitrustpolitik gedacht sein,er steht dennoch in gutem Einklang mit der Gesamtkonzeption des Antitrustrechts. Es ist nämlich unbestritten, daßder in den amerikanischen Antitrustgesetzen verankerte Schutz des Wettbewerbs dem Bestreben nach Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen entspringt [1]. Die politischen und historischen Hintergründe hierfür hat insbesondere W ü r d i n g e r 2) treffend dargestellt. Demnach ist die amerikanische Antitrustgesetzgebung nicht zuletzt eine Konsequenz des Freiheitsgedankens, der das gesamte amerikanische Rechtsdenken durchzieht und zum Grundpfeiler des amerikanischen Verfassungsrechts geworden ist durch das Bekenntnis der Unabhängigkeitserklärung von 1776:

"We hold these Truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed bei their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness."

Die Antitrustgesetzgebung ist also die Verwirklichung des durch die Verfassung garantierten Freiheitsgrundsatzes auf wirtschaftlichen Gebiet. Daher bereitet es den amerikanischen Gesetzgebern keinerlei Schwierigkeiten, einen privaten Schadensersatzanspruch aufgrund des allgemeinen Kartellverbots in das Antitrustrecht einzubauen; denn letzten Endes wird diesem mehr aus taktischen Erwägungen geschaffenen Anspruch doch auch die Gewährleistung der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen als das Ziel der gesamten Gesetzgebung angestrebt.

---

1) vgl. u.a. Kommissionsbericht S.2 zitiert bei Biedenkopf a.a.O. S. 16; Neumeyer a.a.O. S. 7ff. Würdinger Wuw 1953 725 u. Vorwort zu Monopolkontrolle S. VIII; Cartellieri BB 1954, 384; Fikentscher BB 1956, 796

2) s.oben S. 21 u.WuW 1953, 724 ff.

Im Hinblick auf die rechtspolitische Zielsetzung in den USA haben sich in Deutschland mit der Frage nach dem rechtspolitischen Hintergrund des GWB namentlich W ü r d i n g e r [1] und F l u m e [2] befaßt. Während Würdinger eine Übereinstimmung der rechtspolitischen Zielsetzung verneint, wird sie von Flume bejaht. Würdinger gewinnt seine Einstellung aus einem Vergleich der Wirtschaftsordnungen beider Länder und den ihnen zugrunde liegenden politischen Grundanschauungen. Dabei greift er für das Antitrustrecht auf das amerikanische Verfassungsrecht und den darin verankerten Schutz der Freiheit des einzelnen zurück. Hinsichtlich der Grundanschauung des heutigen deutschen Kartellrechts hingegen begnügt er sich mit der allgemeinen Feststellung, es entspringe einer auf Erzielung des optimalen volkswirtschaftlichen Effekts gerichteten Wirtschaftspolitik. Flume versucht diese angebliche Diskrepanz mit dem Hinweis zu überwinden, das Antitrustrecht wolle den Wettbewerb auch im öffentlichen Interesse gewährleisten. Mit diesem Ziel aber sei es durchaus vereinbar - und das lehre gerade das amerikanische Recht - , daß auch private Schadensersatzansprüche gegeben würden.

Diese Argumentation reicht jedoch für die Anerkennung eines privaten Schadensersatzanspruchs aufgrund des Kartellverbots des GWB nicht aus. Die Eigenheiten des Antitrustrechts lassen sich nicht schlechthin auf das GWB übertragen. Das deutsche Gesetz ist ein Bestandteil der heutigen deutschen Rechtsordnung. Die rechtspolitischen Hintergründe des GWB und seine Anwendungsmöglichkeiten können deshalb auch nur aus der Grundanschauung der heutigen deutschen Rechtsordnung

---

1) s.WuW 1953, 726 u. Vorwort zu Monopolkontrolle s.X; s. auch ders. oben S. 22

2) a.a.O. S. 467, ders. auch oben S. 28

gewonnen werden. Maßgebend für das Rechtsdenken in der Bundesrepublik ist aber die deutsche Verfassung - das Bonner Grundgesetz. Weder Flume noch Würdinger schenken dieser Erkenntnis gebührend Beachtung. Würdinger hat zwar den grundlegenden Zusammenhang zwischen dem amerikanischen Verfassungsrecht einerseits und der amerikanischen Wirtschaftsordnung sowie dem Antitrustrecht andererseits herausgestellt. Nicht aber hat er - was folgerichtig gewesen wäre - untersucht, ob etwa im deutschen Verfassungsrecht der Freiheitsgedanke in der gleichen, hervorragenden Weise manifestiert ist und gegebenenfalls im Kartellverbot des GWB seinen gesetzlichen Niederschlag für den wirtschaftlichen Bereich gefunden hat.

2. Das Kartellverbot im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung

Der einzig gangbare Weg für einen Rückschluss vom amerikanischen Antitrustrecht auf das gegenwärtige deutsche Kartellrecht ist also nach den vorangegangenen Ausführungen der Versuch festzustellen,

1. ob das deutsche Verfassungsrecht ebenso wie das amerikanische individuelle Freiheit als überragendes Schutzgut garantiert,
2. ob gegebenenfalls als Ausfluß dessen das GWB mit dem Kartellverbot ebenso wie das Antitrustrecht der USA diesen Freiheitsschutz auch im Wirtschaftsleben sichern will.

Wenn man beide Voraussetzungen bejahen kann, dürfte die Anerkennung des Schutzgesetzcharakters des Kartellverbots ihre Bestätigung gefunden haben.

a) Der individuelle Freiheitsschutz im GG

Den Ansatzpunkt für die Erörterung eines individuellen Frei-

heitsschutzes durch das Grundgesetz bildet das in Art. 2 I GG jedermann garantierte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit [1]. Mit der Feststellung der verfassungsmäßigen Garantie dieses Rechts, das ein Grundrecht i. S. des Art. 19 II GG ist und in seinem Wesensgehalt nicht angetastet werden darf, ist eigentlich das erste der oben aufgestellten Kriterien schon positiv beantwortet. Die Grundrechtsgarantie des Art. 2 I GG ist auch der überaus stark betontenFreiheitsgarantie im amerikanischen Verfassungsrecht an Bedeutung durchaus ebenbürtig. Das ergibt sich nicht allein daraus, daß das GG das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit vor allen anderen Grundrechten garantiert; es ergibt sich vor allem daraus, daß es den Schutz Menschenwürde an die oberste Stelle setzt [2]. Die Garantie der freien Entfaltung der Persönlichkeit kann innerlich nicht gelöst werden von dem Bekenntnis zur Würde des Menschen. Art. 2 GG führt den Grundgedanken des Art. 1 GG weiter [3]. Beide Verfassungsartikel stellen - wie M e n g e r [4] zu Recht betont - Grundsatzbekenntnisse ersten Ranges dar und sind Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung. Und so wie die Freiheitsgarantie durch die Verfassung der USA Folge und Abschluss einer historischen Entwicklung gewesen ist, hat auch das GG den Freiheitsschutz und den Schutz der Menschenwürde nicht zuletzt deshalb so stark in den Vordergrund der gesamten Rechtsordnung gerückt, weil diese naturrechtlichen Prinzipien vor 1945 in Deutschland zutiefst mißachtet wurden und die unheilvollen Folgen dieser Mißachtung den Vätern des GG noch in unmittelbarer Erinnerung standen [5].

---

1) u.a. Biedenkopf a.a.O.S. 3o; Fikentscher, Wettbewerb S. 2o7 ff; Königs NJW 1961, 1o41; Brugger a. a.O.S. 469; Günther BB 1957, 722; Strickrodt a.a.O.S. 81 ff.Friedländer a.a.O.S.649
2) vgl. BVerfG NJW 1957, 297 ff; Biedenkopf a.a.O.S. 3o mit weiteren Nachweisen
3) Mangold - Klein Art. 2 Anm. II 1
4) Rechtsgutachten S. 45/46
5) vgl. Mangold - Klein Art.1 II u. Raiser a.a.O. 145

Die Freiheitsgarantie des Art. 2 I GG hat daher für die deutsche Rechtsordnung die gleiche hervorragende Bedeutung wie die des amerikanischen Verfassungsrechts für die amerikanische Rechtsordnung.

b) Das Kartellverbot als Ausfluß des verfassungsrechtlichen Freiheitsschutzes

Welche Auswirkungen ergeben sich aus dieser Erkenntnis für das GWB und speziell für das Kartellverbot? Das GWB ist ein Bestandteil jener Rechtsordnung, die dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 I GG eine so hervorragende Bedeutung verleiht. Dieses Recht gilt nach H.M. auch im wirtschaftlichen Bereich[1]. Indes liegt die Gefahr einer Vergewaltigung dieses Rechts kaum irgendwo näher als gerade im Wirtschaftsleben, wo die persönliche Entfaltungsfreiheit im engsten Zusammenhang mit dem Streben nach materiellem Erfolg steht. So ist es eine durchaus verständliche Erscheinung des wirtschaftlichen Wettbewerbs, daß der wirtschaftlich Stärkere immer wieder geneigt sein wird, sein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit dazu auszunutzen, das gleiche und gleichermaßen wertvolle Recht des wirtschaftlich Schwächeren zurückzudrängen. Das Grundrecht des Art. 2 I GG steht also im wirtschaftlichen Bereich stetig mit sich selbst in Konflikt. In diesen Konflikt greift das GWB ausgleichend und regulierend ein, indem es eine Ausartung im Machtmißbrauch auf der einen und eine Abwertung des Grundrechts durch Mißachtung auf der anderen Seite verhindert. Es zwingt dazu, das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aller am Wirtschaftsprozeß Beteiligten in gleicher Weise zu

---

1) z.b. Fikentscher, Wettbewerb S. 78; a.A. Schüle, VeröffVDStRL, Bd. 11 S. 85 u. 143 ff.

achten, und verwirklicht insofern - wie B i e d e n k o p f[1] mit Recht sagt - die durch das Grundgesetz garantierte "gleichheitsgebundene Freiheit für alle". Damit entspricht es ebenso wie das amerikanische Antitrustrecht im Hinblick auf das amerikanische Verfassungsrecht als Bestandteil der deutschen Rechtsordnung dem Grundsatzbekenntnis des Bonner Grundgesetzes zur Freiheit der menschlichen Persönlichkeit.

Das Kartellverbot im besonderen berührt sowohl die persönliche Entfaltungsfreiheit der Mitbewerber auf der einen als auch die der Kunden und Lieferanten auf der anderen Marktseite. Art. 2 I GG garantiert die Freiheit der persönlichen Entfaltung in allen ihren Erscheinungsformen, einschließlich also der Wettbewerbsfreiheit und der Vertragsfreiheit. Das Kartellverbot nun beschränkt einerseits die Vertrags- und die Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber, indem es eine schrankenlose Ausdehnung ihres Markteinflusses durch horizontale Wettbewerbsbeschränkungen verhindert. Gleichzeitig aber fördert es auf der anderen Seite die wirtschaftliche Entschließungs- und Betätigungsfreiheit der Kunden und Lieferanten als Bestandteil ihrer Wettbewerbsfreiheit, indem es ihnen "eine möglichst große Anzahl von alternativen Entscheidungen zubilligt"[2]. Das Kartellverbot enthält somit die gesetzliche Regelung der Kollision von Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit auf der einen Marktseite mit der Wettbewerbsfreiheit auf der anderen Marktseite[3]. Es legt die

---

1) a.a.O. S. 3o ff.
2) so Fikentscher, Wettbewerb S. 79
3) F i k e n t s c h e r bezeichnet den ersten Fall - Kollision von Wettbewerbsfreiheit mit Wettbewerbsfreiheit - als Kollision gleichartiger Grundrechtsgüter, den zweiten - Kollision von Vertragsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit als Kollision andersartiger Grundrechtsgüter (Wettbewerb. S 79/8o, bzw. WuW 1955, 219 ff. u. 213 ff.)

Grenzen von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit fest und bestimmt dadurch gleichzeitig den Punkt, an dem eine schrankenlose Ausübung dieser Freiheitsrechte einen Eingriff in den Wesensgehalt der Wettbewerbsfreiheit anderer Wirtschaftsbeteiligter darstellen würde. Bezogen auf das Schutzgesetzproblem stellt sich jetzt die Frage, welche Bedeutung der festgestellten Beziehung zwischen Kartellverbot und Freiheitsgarantie des Grundgesetzes zukommt. Hinsichtlich der Beschränkung von Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit auf seiten der Mitbewerber herrscht kein Streit. Diese Einschränkung des Grundrechts der persönlichen Entfaltungsfreiheit war dem Gesetzgeber des Kartellverbots bewußt, und er hat sie beabsichtigt. Hat er auch die damit verbundene Gewährleistung des Rechts zur wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Kunden und Lieferanten gewollt? Obwohl er sich in den Materialien zum GWB in dieser Frage nicht eindeutig festgelegt hat[1], kann sie entsprechend der grundlegenden Bedeutung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit für die gesamte Rechtsordnung nur positiv beantwortet werden. Wenn das Kartellverbot das Grundrecht auf der einen Seite bewußt einschränkt, so kann dabei nicht übersehen werden, daß gleichzeitig demselben Recht auf der anderen Seite ein größerer Spielraum eingeräumt wird; und zwar der Spielraum, der ihm unter Berücksichtigung des Grundsatzes der "gleichheitsgebundenen Freiheit für alle" gebührt, und der durch Mißbrauch des Freiheitsrechts auf der Gegenseite gefährdet wird. Diese Folge ist nicht nur als eine günstige Reflexerscheinung zu billigen. Sie muß sogar gewollt sein, wenn man dem Grundsatzbekenntnis des Art. 2 GG gerecht werden will. Das Kartellverbot ist also mehr als ein

---

1) vgl. oben S. 4 Anm. 2

Ausfluß des in Art. 2 GG verankerten Freiheitsschutzes[1]. Es ist die notwendige Manifestierung dieses obersten Verfassungsgrundsatzes im wirtschaftlichen Bereich, wo dessen Verwirklichung im Kampf um den materiellen Erfolg in ganz besonderen Maße gefährdet ist. Somit nimmt das Kartellverbot im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung entgegen der Auffassung S t r i c k r o d t s[2] durchaus einen festgefügten Platz ein : Es ist nicht nur Bestandteil des verfassungsmäßigen Systems der Wettbewerbsfreiheit[3], sondern es stellt dieses System ausdrücklich sicher.

Auch der Hinweis S t r i c k r o d t s[4] auf die Problematik der sogn. Drittwirkung von Grundrechtsgarantien steht der Anerkennung eines privaten Schadensersatzanspruches aufgrund des Kartellverbots nichts entgegen. Die Drittwirkungsfrage wird im Zusammenhang mit dem Kartellverbot überhaupt nicht akut. Es kann nämlich dahingestellt bleiben, ob nur der Staat "Adressat des Grundgesetzbefehls des Art.2" ist[5]. Auf jeden Fall ist es unmittelbar der Staat gewesen, der durch seine gesetzgebende Körperschaft das GWB und das Kartellverbot geschaffen und die Konsequenz für das Wirtschaftsleben aus der Freiheitsgarantie des Grundgesetzes gezogen hat. Der Private nimmt deshalb bei Berufung auf das Kartellverbot die Grundrechtsgarantie nur mittelbar in Anspruch. Damit ist das letzte Bedenken gegen die Bejahung des Individualschutzzwecks des Kartellverbots ausgeräumt.

---

1) so z.B. Brugger a.a.O. S. 471 u.Fikentscher Wettbewerb S.217
2) a.a.O. S. 9o; s. auch oben S. 23
3) so Fikentscher, Wettbewerb, S. 217
4) a.a.O. S. 82
5) was die ältere Grundrechtslehre bejaht, die jüngere hingegen verneint. Zu diesem Problem siehe Fikentscher, Wettbewerb, S. 89 f. mit weiteren Nachweisen in den Anm. 163, 164, 165 u. 166

Das Kartellverbot wie das GWB sind also nicht minder als das amerikanische Antitrustrecht Konsequenz und Verankerung eines verfassungsmäßigen" Grundsatzbekenntnisses ersten Ranges" zum Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Der Rechtsvergleich hat gezeigt, daß im GWB zwar in die gleichen Rechtsgrundsätze Gültigkeit haben wie im amerikanischen Antitrustrecht, daß diese Rechtsgrundsätze aber nicht aus dem amerikanischen Recht übernommen worden sind, sondern genau wie dort - im geltenden Verfassungsrecht verwurzelt sind. Insofern endet der Vergleich in dem Bild einer echten Parallele.

Die bisherige Untersuchung hat also ergeben, daß das Kartellverbot eine Schutzvorschrift i. S. des § 35 ist und die Grundlage für einen privaten Schadensersatzanspruch zu - gunsten des Drittvertragspartners bilden kann. Es beinhaltet ein echtes Verbot und ist darüberhinaus auch zum Schutz des einzelnen Marktteilnehmers bestimmt. Zwar enthält § 1 als solcher noch kein Verbot. Der Verbotscharakter wird ihm aber durch § 38 I Ziff. 1 beigesteuert. Am Fall des Abnehmerkartells hat sich gezeigt, daß das Kartellverbot den Drittvertragspartner als einzelnen schützen muß, da die Sicherung der Institution des Wettbewerbs zum Wohle der Allgemeinheit als alleiniger Schutzzweck das Verbot dieses Kartells nicht zu erklären vermag. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die hervorragende Bedeutung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit für die gesamte Rechtsordnung und das Kartellrecht im besonderen [1].

Im Zusammenhang mit dem Ergebnis des 1. Teil der Arbeit dürfte es interessieren, daß auch in den Entwürfen des zukünftigen schweizerischen Kartellgesetzes die individualrechtliche Zielsetzung neben der wirtschaftspolitischen deutlich hervorgehoben wird. Die hier behandelten Problematik wird daher das kommende schweizerische Kartellrecht aller Voraussicht nach infolge einer klaren Regelung von vorneherein nicht belasten.(vgl. dazu im einzelnen Fikentscher in Rabels Zeitschrift 1961, Heft 3 S. 468 ff.)

II. T e i l

Der Umfang des Schadens

Mit der Bejahung des Schadensersatzanspruches stellt sich als weiteres Problem die äußerst umstrittene Frage, wie der Schaden des Drittvertragspartners im Falle einer Schadensersatzklage gegen den Kartellpartner zu berechnen ist.[1)]

§ 5 Vorbemerkung: Existenz und Art des Schadens

Voraussetzung für die Problematik der Schadensberechnung und Anspruchsvoraussetzung überhaupt ist die Existenz eines durch die Verletzung des Kartellverbots adäquat verursachten Schadens. Der Schaden kann nämlich z.B. dadurch weggefallen sein, daß der Drittvertragspartner die durch das Kartell hervorgerufene Preisüberhöhung auf seine eigenen Kunden abgewälzt hat[2)]. In diesem Fall nützt ihm der private Schadensersatzanspruch aufgrund des Kartellverbots offensichtlich nichts. Er wird mangels Schadens einfach nicht akut[3)]. Das spricht jedoch nicht - wie S t r i c k r o d t [4)] meint - gegen die grundsätzlich Bejahung des Anspruchs. Denn sehr häufig kommt eine Weiterwälzung des Schadens schon von Natur aus nicht in Betracht. So z.B. niemals dann, wenn das Kartell auf der Abnehmer - und der Drittvertragspartner auf der Anbieterseite steht, oder wenn er der Endverbraucher ist. Vielfach wird die Abwälzung auch nicht gelingen. In allen

---

1) s.oben Ballerstedt S.23; Strickrodt S. 23; Benisch S.24; Flume a.a.O.S.46o ff.; Fikentscher BB 1956, 796 ff; Steindorff ACP 158 S. 466; vgl. auch oben § 4 II 1 S. 35
2) Flume a.a.O.S.464;Fikentscher BB 1956,798; Strickrodt a.a.O. S. 91
3) Offen bleibt allerdings die Möglichkeit einer Schadensliquidation im Drittinteresse zugunsten derer, auf die abgewälzt wird (s.Fikentscher BB 1956,798)
4) a.a.O. S.91

diesen Fällen aber besteht nach wie vor ein ernsthaftes Bedürfnis nach dem privaten Schadensersatzanspruch.

Desweiteren soll vorweggeschickt werden, daß das Berechnungsproblem nur dann auftaucht, wenn der Drittvertragspartner Schadensersatz in Geld, bzw. Ersatz der ungünstigen Vertragsbedingungen durch günstigere verlangt und verlangen kann. Die Möglichkeit der Beseitigung des Drittvertrages selbst im Wege des Schadensersatzes interessiert deshalb im Rahmen dieser Untersuchung nicht. Bezogen auf den eingangs der Arbeit gebildeten Beispielsfall[1] also gilt es die Frage zu beantworten: Welchen Betrag kann der Großhändler X gegebenenfalls von dem Kartellmitglied A als Schadensersatz liquidieren?

§ 6 Das schädigende Ereignis

Grundnorm für die Schadensbestimmung ist § 249 S 1 BGB. Danach hat der Schädiger den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Die Möglichkeit eines Geldanspruches und die Festsetzung seiner Höhe hängt demnach zunächst von dem schädigenden Ereignis ab. Zu Recht hat L u k e s [2] darauf hingeweisen, daß der Abschluß des Drittvertrages als solcher nicht als das schädigende Ereignis angesehen werden kann, wenn Schadensersatz in Geld gewährt werden soll. Dabei berücksichtigt er die Grundsätze der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 255 BGB, wonach das zum Schadenersatz verpflichtende Ereignis als Einheit behandelt werden

---

1) oben S. 1

2) Der Kartellvertrag, S. 183 ff. u. 245 ff.

muß, d.h. die als günstig empfundenen Folgen nicht von den als ungünstig empfundenen getrennt werden dürfen. Wenn aber gerade der Abschluß des Drittvertrages als solcher das schädigende Ereignis sein würde, so könnte demzufolge nur das ganze Rechtsgeschäft im Wege des Schadensersatzes beseitigt, also nur ein rechtsgeschäftsloser Zustand erreicht werden. Ein Zurückführen des Drittvertrages auf die Basis, die er ohne die ungünstigen Bedingungen der Kartellabsprache gehabt haben würde, wäre in diesem Fall ausgeschlossen. Lukes meint, diese unerwünschte Folge lasse sich nur dadurch vermeiden, daß man wie er die fraglichen Kartelle als "Willenseinigungen mit Reflexwirkungen" ansehe. Diese Annahme ermöglicht es ihm, die Beeinträchtigung des Dritten nicht erst im Abschluß des Drittvertrages, sondern schon in den Reflexwirkungen zu sehen, die der Abschluß des Kartellvertrages zeitigt. So kommt er zu dem als erstrebenswert erkannten Ergebnis: Wirksamkeit des Drittvertrages mit den allgemein üblichen statt der für den Drittvertragspartner infolge des Kartells ungünstigeren Bedingungen. Dieses Ergebnis, so glaubt er, lasse sich nicht erzielen, wenn man das Kartell mit der herkömmlichen Kartellauffassung als Gesellschaft i.S. des BGB ansehe; denn das zwinge dazu, das schädigende Ereignis nur im Abschluß des Drittvertrages selbst zu sehen.

Dieser Schluß erscheint nicht gerechtfertigt. Richtigt ist, daß wegen der Grundsätze der Vorteilsausgleichung ein Geldanspruch schlechterdings ausgeschlossen sein muß, wenn man das schädigende Ereignis mit dem Abschluß des Drittvertrages gleich setzen würde. Indes bedarf es der Konstruktion des Kartells als einer "Willenseinigung mit Reflexwirkungen" nicht, um die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches in Geld zu eröffnen. Gegen die Rückverlegung des schädigenden Ereignisses auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kartellvertrages überhaupt spricht der Umstand, daß

zum Schutzcharakter einer Schutzvorschrift zunächst der Gebots- oder Verbotscharakter gehört. Der aber wird - wie Lukes [1] selbst anerkennt - dem Kartellverbot erst durch § 38 I Ziff. 1, das verbotene Sichhinwegsetzen über die Unwirksamkeit des Kartellvertrages, beigesteuert[2]. Die Vollendung des deliktischen Tatbestandes durch die Verletzung des Kartellverbots als einer Schutzvorschrift i.S. von § 35 kann also schon begrifflich noch nicht mit dem bloßen Abschluß des Kartellvertrages vollzogen worden sein.

Überdies dürfte der Abschluß des Drittvertrages als solcher ohnehin nicht als das schädigende Ereignis infrage kommen. Das schädigende Ereignis läßt sich am ehesten durch Orientierung an dem verletzten Rechtsgut ermitteln. Schutzgut des Kartellverbots in bezug auf den Drittvertragspartner ist die wirtschaftliche Betätigungs-, bzw. Entschließungsfreiheit. Die wiederum ist ihrerseits gekennzeichnet durch das Streben nach größtmöglichem wirtschaftlichen Vorteil. Bei einer derartigen Ausgestaltung aber liegt die Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts nicht schon im Abschluß des Drittvertrags als solchen, sondern sie kann vielmehr nur in der Einführung der von dem Kartellmitglied mehr oder weniger diktierten ungünstigen Bedingungen in dem Vertrag liegen. Bei Drittverträgen, die ihrem Inhalt nach auf die verbotene Kartelltreue des Kartellpartners zurückgehen[3], versteht sich das fast von selbst. Die gleiche Situation liegt im Endeffekt aber auch bei den Drittverträgen vor, die überhaupt nur deshalb zustande kommen, weil sich der Kartellpartner an die verbotene Ab-

---

1) vgl. Kartellvertrag S. 297, wo Lukes den § 35 i.V. mit den §§ 1 u. 38 als Anspruchsgrundlage bezeichnet.
2) vgl. oben § 3 II. S. 17
3) Beispiele s. Fikentscher BB 1956, 793

sprache hält[1]. Die entscheidende Beeinträchtigung der durch das Gewinnstreben bestimmten wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit liegt bei diesen Verträgen nicht so sehr in der Beschränkung der Auswahl der Vertragspartner, als vielmehr darin, daß der oder die infolge des Kartells einzig noch zur Verfügung stehenden Vertragspartner die Vertragsbedingungen wiederum weitgehend diktieren können[2].
Nicht die Tatsache des Vertragsabschlusses an sich, sondern die "zwangsweise" Einführung der für den Drittvertragspartner ungünstigen Bedingungen in den Vertrag ist daher das schädigende Ereignis.

Obwohl die Einführung durch den Vertragsabschluß erfolgt, geht diese Argumentation nicht, wie Lukes[3] meint, von der unzulässigen Trennung des schädigenden Ereignisses aus. Die Kartellbedingungen stellen zwar in der Regel den wesentlichsten Vertragsbestandteil dar. Immerhin sind die aber nur e i n Bestandteil unter mehreren anderen, und zwar der einzige, der die wirtschaftliche Handlungs des Drittvertrags - partners beeinträchtigt. Die übrigen Vertragsbestandteile bleiben davon unberührt. Auch ist es nicht so als sei vor Vertragsabschluß nichts vorhanden, worauf schädigend eingewirkt werden könne[4]. Die eigentliche schädigende Einwirkung auf die wirtschaftliche Betätigungs- und Entschließungsfreiheit des Drittvertragspartners geht dem Vertragsabschluß voraus. Sie manifestiert sich nur in der tatsächlichen Aufnahme der Kartellbedingungen in den Drittvertrag. Schon der Kartellvertrag stellt ein "Komplott" gegen die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit zukünftiger Drittvertragspartner dar und erzeugt somit eine Gefahr für dieses Rechtsgut. Jedoch handelt es sich zunächst nur um eine sogn.

---

1) Beispiele s. Fikentscher BB 1956, 793
2) vgl. Lukes, Kartellvertrag, S. 154/55
3) Kartellvertrag, S. 246
4) Kartellvertrag, S. 245

latente Gefahr. Sie wird akut bei Eintritt des Kartellpartners in die Vertragsverhandlungen mit dem Drittvertragspartner. Zum Schaden aber führt sie aber erst durch die Einführung der für den Drittvertragspartner ungünstigen Bedingungen in den Vertrag.

Die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches in Geld ist also auch nach der herkömmlichen Kartellauffassung gegeben.

§ 7 Die Schadensberechnung

Mit der Feststellung des schädigenden Ereignisses ist zugleich der erste Schritt zur Bestimmung der Schadenshöhe getan; es stellt gleichsam den Angelpunkt der Schadensberechnung dar. Gemäß § 249 S. 1 BGB erhebt sich jetzt die Frage, welcher Vermögenszustand auf Seiten des Drittvertragspartners bestehen würde, wenn die Einführung der ungünstigen Bedingungen in den Vertrag unterblieben wäre. Dieser hypothetische Vermögenszustand und der infolge der ungünstigen Vertragsbedingungen tatsächlich eingetretene sind die Pole, die den Schadensersatzanspruch seiner Höhe nach begrenzen. Im rechnerischen Unterschied zwischen beiden besteht der Schaden des Drittvertragspartners.

Es liegt in der Natur der Dinge, daß der hypothetische Zustand rückblickend nur in den wenigsten Fällen mit letzter Sicherheit und Genauigkeit festgestellt werden kann[1]. Naturalherstellung bedeutet deshalb Herstellung des Zustandes, der sich ohne das schädigende Ereignis voraussichtlich ergeben hätte. Dabei ist die "Entwicklung der Dinge zu berücksichtigen, die ohne das schadensbringende Ereignis aller Wahrscheinlichkeit nach stattgefunden hätte".[2]

1) Einer dieser wenigen Fälle liegt vor, wenn der Drittvertragspartner mit dem Mitglied eines Konditionenkartells abgeschlossen hat. Hier geht der Anspruch eindeutig auf die ungünstige Vertragsbedingungen(Konditionen)
2) so u.a.RGZ 143,274/75; Larenz § 14 VI a

Das gilt für die Entwicklung zur Zeit des Schadenseintritts ebenso gut wie für die Entwicklung danach. Zwar ist für die Schadensberechnung letztlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend[1], da sich der ursprüngliche Schaden durch den weiteren Geschehensablauf noch vergrößern oder wieder verringern kann, eventuell sogar ganz wegfallen kann[2]. Ausgangspunkt der Schadensberechnung aber muß dennoch der Zeitpunkt der Schadensentstehung sein; denn nur unter Zugrundelegung seiner ursprünglichen Höhe kann der Einfluß der weiteren Entwicklung der Dinge auf das Ausmaß des Schadens richtig beurteilt werden[3]. Für den praktischen Fall ergibt sich sonach folgende Regel: Zunächst gilt es den tatsächlichen und den hypothetischen Vermögenszustand des Geschädigten bei Schadenseintritt zu ermitteln, um so die Schadenshöhe zu diesem Zeitpunkt feststellen zu können. Danach ist zu prüfen, ob der weitere Geschehensablauf bis zur letzten mündlichen Verhandlung sich auf den tatsächlichen oder hypothetischen Vermögenszustand und damit auf den ursprünglichen Schadensumfang in irgendeiner Weise ausgewirkt hat. Dabei bereitet die Feststellung des tatsächlichen Vermögenszustandes jeweils keine Schwierigkeiten. Problematisch aber ist in den meisten Fällen die Feststellung des hypothetischen Vermögenszustandes des Geschädigten. Bei der Berechnung des dem Drittvertragspartner entstandenen Schadens wird diese Problematik besonders offenkundig.

I. Der Markt als Grundlage der Schadensberechnung

Bevor aber die Möglichkeiten zur Feststellung des hypothetischen Vermögenszustandes des Drittvertragspartners im ein-

---

1) H.M. u.a. Coing NJW 1951, 1 mit weiteren Nachweisen; RGRK § 823 Anm. 13a; BGHZ 5, 142
2) wie zB. wenn er auf einen Dritten abgewältzt wird.
3) RG JR 1926 Nr.1485

zelnen untersucht werden können, muß zu der von S t e i n d o r f f[1] angeschnittenen Frage, ob für diesen Fall die konkrete oder abstrakte Berechnungsweise in Betracht kommt, Stellung genommen werden. Dem ist vorauszuschicken, daß der hypothetische Vermögenszustand des Drittvertragspartners allgemein unter Heranziehung des normalen Marktpreises der gekauften Ware zu ermitteln versucht wird[2]. Dieses Vorgehen ist durchaus verständlich, will man ausgehend von § 249 BGB die voraussichtliche Entwicklung der Dinge bei Schadenseintritt berücksichtigen. Denn nichts liegt näher als die Annahme, der Drittvertrag sei ohne die ungünstigen Kartellbedingungen zu den im Markt üblichen Bedingungen abgeschlossen worden. Steindorff hält indes die Heranziehung des Marktpreises für bedenlich, weil er darin die Verwirklichung einer unzulässigen abstrakten Schadensberechnung sieht. Er vertritt im Gegensatz zur H.M.[3] den Standpunkt, die Wahl der konkreten oder abstrakten Schadensberechnung sei nicht eine Angelegenheit des Prozeßrechts, sondern müsse als materiell rechtliches Problem verschiedener Schadensbegriffe gesehen werden. Die Fragen der Schadensberechnung seien nur der Mantel eines nach materiell rechtlichen Grundsetzen gegliederten Schadensbegriff[4]. So kommt es nach ihm nicht von ungefähr, daß die in den §§ 252 BGB und 376 HGB festgelegten Regeln der Schadensberechnung gerade im materiellen Recht getroffen worden sind. Deshalb sei es verfehlt, darin lediglich Konkretisierungen für eine Norm des Prozeßrechts (§ 287 ZPO) zu sehen[5]. Hinsichtlich der Notwendigkeit und Zulässigkeit abstrakter Schadensberechnungen gelangt er anhand eines Rechtsvergleichs mit dem englichen "Common Law" und ausgewählter Beispiels-

---

1) ACP 158, 466 ff; vgl. auch ders. JZ 1961, 12 ff.
2) u.a. BGHSt 8, 221 = NJW 1956, 68; Lukes a.a.O. 249; Fikentscher BB 1956, 796/97; Flume a.a.O.S.46o
3) s. Steindorff a.a.O. S. 451 in Anm. 63
4) a.a.O.S. 451
5) a.a.O.S. 434

fälle des deutschen Rechts zu folgendem Ergebnis: Die materielle Rechtsgestaltung - bei Vertragsverletzungen der Vertrag, bei allen sonstigen Ansprüchen die haftungsbegründende Norm - lasse die abstrakte Schadensberechnung nur da zu, wo zum Schutz leicht verletzbarer Rechte eine scharfe Sanktion erforderlich sei; insbesondere dann, wenn es um den Schutz subjektiver Rechte gehe. Mit N e u n e r [1] hält er die abstrakte Schadensberechnung für "ein Mittel der Rechtverfolgung", ein Mittel also, daß die Durchsetzung des verletzten Rechts verfolgt und nicht einen Bedürfnis nach Reparatur eines Schadens als dem Interesse des Geschädigten entspricht wie die konkrete Schadensberechnung[2].

Ähnlich beurteilt er die abstrakte Schadensberechnung im engeren Sinne des § 376 II HGB und ihr Verhältnis zu § 252 BGB. Auch in diesem Fall, meint er stehe sie nicht im Belieben der Parteien oder Gerichte, sondern sie sei vielmehr aufgrund materiellrechtlicher Maßstäbe so zugeteilt, daß der Käufer marktgängiger Ware regelmäßig auf die abstrakte Berechnung nach dem Marktpreis eines Deckungsgeschäfts beschränkt sei[3].

Bei dem hier zu entscheidenden Fall erscheint ihm die materielle Gundlage des Schadensersatzanspruches, das Kartellverbot, unter Berücksichtigung der obigen Gründe als zu schwach, um daran die Möglichkeit einer abstrakten Schadensberechnung zu knüpfen. Die Anknüpfung an den Marktpreis zum

---

1) ACP 133, 291 ff.
2) a.a.O. S. 454
3) a.a.O. S. 459 ff. Im Hintergrund steht der Gedanke, daß der nicht belieferte Käufer, der entgangenen Gewinn geltend machen will, gem. § 254 BGB zur Schadensminderung gehalten sei und sich an anderer Stelle eindecken müsse. Aufgrund rechtlicher Wertung ergebe sich demnach, daß für die abstrakte Schadensberechnung der Marktpreis des Deckungsgeschäft in Betracht komme, während entgangener Gewinn nur gefordert werden könne, wenn kein Deckungsgeschäft möglich sei.

Zwecke der Schadensfeststellung aber sei die Verwirklichung einer abstrakten Schadensberechnung und daher unzulässig. Für unbedenklich erachtet er hingegen eine konkrete Schadensberechnung etwa in dem Sinne, daß der teuer belieferte Drittvertragspartner geltend mache, infolge des hohen Preises selbst Absatz und Kunden eingebüßt und dadurch einen Schaden erlitten zu haben[1].

Gegen die Argumentation Steindorffs ist Folgendes einzuwenden: Abgesehen davon, daß Rechtsprechung und Lehre eindeutig gegen seine These stehen[2], hat sie für den hier erörterten Fall keinerlei Bedeutung. Der Grund dafür ist, daß die Schadensberechnung unter Zugrundelegung des Marktpreises nicht, wie Steindorff annimmt, eine abstrakte, sondern in Wirklichkeit eine konkrete ist. Die Annahme einer abstrakten Schadensberechnung scheitert schon an der Fallgestaltung. Der vorliegende Fall unterscheidet sich grundlegend von den Fällen, in denen die abstrakte Berechnungsweise überhaupt zur Diskussion steht. Steindorff selbst wendet seine These nur dann an, wenn dem Geschädigten entweder ein Vorteil entgangen oder jedenfalls ein Schaden entstanden ist, der nicht in einer Vermögensminderung besteht. Zumindest lassen seine Beispielsfälle - Nichterfüllung von Verträgen, Verletzung von Ausschließlichkeitsrechten, Diskriminierung, um nur einige zu nennen - darauf schließen. Diese Gestaltung aber ist bei den Schadensersatzansprüchs des Drittvertragspartners in der Regel nicht gegeben. Hier handelt es sich vielmehr um einen p o s i t i v e n Schaden, eine durch das schädigende Ereignis hervorgerufene Vermögensminderung. Der Drittvertragspartner er-

---

1) a.a.O. S. 446

2) vgl.oben S. 62 Anm. 3 Der BGH hat seinen Standpunkt noch unlängst in der ebenfalls von Steindorff (JZ 1961, 12 ff.) kritisierten Entscheidung JZ 1961 28 ff. erneut bestätigt.

bringt im Austausch gegen die Ware ein Vermögensopfer, das dem wirklichen Marktwert der Ware nicht entspricht. Er erhält also kein angemessenes Äquivalent für seine Leistung. Sein Vermögenszustand verschlechtert sich[1]. Und zwar verschlechtert er sich um die Differenz zwischen dem echten Marktwert der Ware und dem gezahlten Kartellpreis. Das zeigt sich besonders deutlich, wenn der Drittvertragspartner einmal nicht Wiederverkäufer sondern Letztverbraucher ist. In diesem Fall kann der Umfang seines Schadens tatsächlich nicht anders als am Marktpreis gemessen werden. Mithin ist nur die Reparatur eines wirklich erlittenen, positiven Schadens als das Interesse des geschädigten Drittvertragspartners im Spiel und nicht etwa die Verfolgung eines beeinträchtigten subjektiven Rechts. Auch geht es weder um den Ersatz eines objektiven Werts der Rechtsverletzung noch um die Liquidierung eines entgangenen Gewinns. Letzteres selbst dann nicht, wenn der Drittvertragspartner die teuer eingekaufte Ware ohne der unter dem üblichen Aufschlag weiter verkauft hat, um konkurrenzfähig zu bleiben; denn der Schaden bleibt rechnerisch so bestehen, wie er zur Zeit des Leistungsaustauschs ursprünglich eingetreten ist. Der Drittvertragspartner erleidet also einen positiven, realen Schaden, der seiner Natur nach nur konkret zu erfassen ist. Deshalb stellt die Anknüpfung an den Marktpreis hier

---

1) Diese Einsicht beweist im übrigen auch, daß entgegen der Ansicht von F l u m e (a.a.O. S. 464)und L e n i s c h (Gem.Komm. § 35 Anm. 8) auch dann Schadensersatz verlangt werden kann, wenn der Drittvertragspartner sich dadurch, daß er die Preiserhöhung nicht weiter gibt, während andere es tun, einen größeren Nutzen verschafft. Denn der größere Nutzen ist nur die Belohnung für seine gewandte Geschäftsführung und kann deshalb nicht einmal im Wege der Vorteilsausgleichung Bedeutung erlangen.

- ebenso wie bei der Bestimmung des angemessenen Preises i. S. von § 315 III BGB - eine konkrete Wertung dar[1] und ist daher auf jeden Fall zulässig.

Der Drittvertragspartner, der wegen der Verletzung des Kartellverbots einen Schadensersatzanspruch geltend machen will, ist also entgegen der Ansicht Steindorffs nicht auf einen konkreten Schadensnachweis in dem Sinne angewiesen, er habe z.B. selbst an Absatz verloren und Kunden eingebüßt. Er braucht auch nicht darzutun, daß der Marktpreis nach den besonderen Umständen des Falles als Berechnungsmaßstab infrage komme; so etwa deshalb, weil er auf dieser Grundlage schon Kaufverhandlungen mit einem Außenseiter geführt oder die Verhandlungen mit dem Kartellpartner selbst auf diese Grundlage begonnen habe, dieser jedoch betrügerischerweise den Kartellpreis als derzeitigen wahren Marktpreis hingestellt habe.

Es ist allerdings auch denkbar, daß der Schaden des Drittvertragspartners tatsächlich im Entgang von Gewinn besteht. So beim Abnehmerkartell, wenn das Kartellmitglied die Ware nur zu einem Preis abnimmt, der unter dem für seine Handelsstufe maßgeblichen Marktpreis liegt, die normale Gewinnspanne des Drittvertragspartners sich also verkürzt[2]. Wie steht es hier mit der These Steindorffs? Er erkennt zwar für die Berechnung des entgangenen Gewinns wegen § 252 BGB die Möglichkeit einer abstrakten Schadensberechnung grundsätzlich an, meint aber, sie unterliege in ihrer Anwen-

---

1) vgl. auch Flume a.a.O. S. 461

2) Sollte der Preis sogar soweit gedrückt werden, daß er noch unter dem Gestehungspreis liegt, kommt er zu dem entgangenen Gewinn noch ein positiver, realer Schaden hinzu.

dung gleichwohl materiellrechtlichen Wertungen[1]. Die Richtigkeit seiner Auffassung kann jedoch auch in diesem Fall dahingestellt bleiben, weil sich hier - gleichgültig aufgrund welcher Wertung - nur der Marktpreis als Berechnungsgrundlage anbietet. Andere Kriterien, wie z.B. der Marktpreis des Deckungsgeschäfts im Beispielsfall Steindorffs[2], stehen nicht zur Verfügung. Für materiellrechtliche Wertungen der von Steindorff angedeuteten Art (Vertragsinterpretation, Mitverschulden) ist deshalb in diesem Zusammenhang kein Raum.

Der Marktpreis ist also beim Schadensersatzanspruch des Drittvertragspartners gegen das Kartellmitglied immer ein zulässiger Maßstab der Schadensberechnung. Er ist sogar sehr häufig als Berechnungsmaßstab unumgänglich notwendig, so z.B. wenn der Drittvertragspartner Letztverbaucher ist oder bei der Berechnung des entgangenen Gewinns beim Abnehmerkartell, weil er in diesen Fällen das einzig mögliche Kriterium darstellt. Im Schadensersatzprozeß muß es daher genügen, wenn der klagende Drittvertragspartner sich hinsichtlich der Höhe seines Schadens auf den Marktpreis als Anhaltspunkt beruft.

II. Die praktische Durchführung des Schadensberechnung

Allein mit dem Hinweis auf den Marktpreis sind die Probleme der Schadensberechnung noch nicht gelöst. Die eigentliche Schwierigkeit beginnt erst mit der Feststellung des Marktpreises, da dieser infolge des Einflusses jedes einzelnen

---

1) vgl. oben S. 63
2) a.a.O. S. 460

Marktgeschäftes einer stetigen Veränderung ausgesetzt ist[1]. Nicht zuletzt in dieser Eigenart liegt ja verschiedentlich auch der tiefere Grund für die Ablehnung des privaten Schadensersatzanspruchs aufgrund des Kartellverbots überhaupt. B a l l e r s t e d t [2] gibt das offen zu durch seine Äußerung, der bei vollständiger Konkurrenz sich einspielende Preis (der echte Marktpreis also, den er "Gleichgewichtspreis" nennt), sei kein in der ökonomischen Wirklichkeit auffindbares Faktum und daher als Grundlage der Rechtsfindung ungeeignet und folglich auch kein Prinzip, auf das man den rechtlichen Schutz der Freiheit aufbauen könne. S t r i c k r o d t [3] hingegen hält zwar die Fixierung des Schadensersatzes bei der nur versuchten, der partikulären und der scheiternden Kartellabsprache für möglich, indem man einen Normalfall rekonstruiere. Dagegen glaubt er, "die obrigkeitliche Fixierung eines Normalpreises"[4] bei erfolgreichen Kartellabsprachen, insbesondere bei den eine fällige Preissenkung verhindernden Kartellen, ablehnen zu müssen, was ihm aber tief unbefriedigend erscheint. B e n i s c h [5] schließlich befürchtet ganz allgemein, ein privatrechtlicher Anspruch auf Ersatz der Differenz zwischen Kartellpreis und Marktpreis laufe auf ein staatliches Preisreglement hinaus, wiewohl auch er zugibt, daß sich der Schaden bei einem sich nicht durchsetzenden Kartellpreis durch Vergleich mit einem etwaigen niedrigen Marktpreis feststellen lasse[6]. Zur Begründung führt er aus, das Prinzip des § 1 sei die Garantie, daß sich der Marktpreis ohne Hemmung

---

1) vgl. Flume a.a.O. S. 462
2) a.a.O.S. 271, vgl. auch oben S. 23
3) a.a.O. S. 91
4) worauf nach seiner Ansicht die Feststellung des Marktpreises durch den Richter auf dem Wege über Gutachten von Preisbehörden hinausläuft
5) Gem.Komm. § 35 Anm. 3
6) Gem.Komm. § 35 Anm. 8

durch private Absprachen bilden können. Den Schutz dieses Prinzips vermöge das Recht nur dadurch zu sichern, daß es auf eine Unterbindung der Wettbewerbsbeschränkungen hinwirke, nicht aber dadurch, daß es die Möglichkeit von Korrekturen vorsehe, die ihrerseits durch den Richter, bzw, durch Gutachten der Preisbehörden manipuliert würden.

Daß diese Erwägungen nicht geeignet sind, den Schutzgesetzcharakter des Kartellverbots als solchen infrage zu stellen, ist bereits ausgeführt worden[1]. Wie aber läßt sich die Schadensberechnung nun trotz der angedeuteten Schwierigkeiten praktisch durchführen? Die Beantwortung dieser Frage hängt ganz von der Gestaltung des Marktpreises als dem entscheidenden Faktor ab. Es sind drei verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten denkbar.

Die erste ist die, daß ein Marktpreis für die betreffende Ware festliegt, z.B. wenn es sich um ein standardisiertes Produkt handelt. In diesem Fall bereitet die Feststellung des Marktpreises keinerlei Schwierigkeiten, eine exakte Schadensberechnung ist daher ohne weiteres möglich[2]. Das erkennen selbst die Gegner des Schadensersatzanspruchs an[3].

Anders liegen die Dinge - und das ist die zweite und übliche Gegebenheit - , wenn der Marktpreis schwankt und keine feststehende Größe ist, oder wenn es keinen Marktpreis gibt. In diesen Fällen ist eine mathematisch genaue Berechnung der Schadenshöhe ausgeschlossen. Hier greift, da es sich um einen Schadensersatzanspruch handelt, gemäß § 287 ZPO rich-

---

1) s.oben § 4 II 1.S. 35
2) vgl. Fikentscher BB 1956, 798
3) Strickrodt a.a.O. S. 9o; Benisch Gem.Komm. § 35 Anm.8

terliches Ermessen ein. Das Gericht kann unter Benutzung der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel den Schaden schätzen. Bei schwankendem Marktpreis muß es deshalb genügen, wenn die Schadensberechnung auf einem vom Richter ermittelten Durchschnittsmarktpreis basiert. Falls der Richter sich selbst kein klares Bild über die Preisverhältnisse im Markt machen kann, stehen ihm gut unterrichtete Wirtschaftsverbände und andere marktbeobachtende Institutionen, vornehmlich die Industrie- und Handelskammern[1], mit entsprechenden Auskünften und Gutachten zur Verfügung. Diesen Stellen dürfte es nicht schwerfallen, durch statische Erhebungen den Durchschnittspreis einer marktgängigen Ware in einem bestimmten Markt und für einen bestimmten Zeitabschnitt festzustellen.

Als weiteres Hilfsmittel der Ermittlung des Durchschnittsmarktpreises und die Durchführung der Schadensberechnung kommt gelegentlich auch die übliche Handelsspanne in Betracht. So namentlich beim Abnehmerkartell, wo dem Drittvertragspartner ein Gewinn entgeht, weil seine Handel- oder Gewinnspanne durch die Stärke des Kartellpartners eine Kürzung erfährt[2]. Da aber die einzelnen Handelstufen mit bestimmten Normalspannen für die jeweils gehandelte Ware arbeiten, die in einem prozentualen Verhältnis zum Gestehungswert stehen, kann die Ermittlung des durchschnittlichen Marktpreises als Grundlage der Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO ohne besondere Schwierigkeit mit Hilfe der üblichen und den Beteiligten bekannten Handelsspanne vorgenommen werden. Aber auch beim Anbieterkartell kann die

---

1) entsprechend § 1 I des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- u. Handelskammern (BGBl. I. 1956 S. 92o), wonach es den Kammern u.a. insbesondere obliegt, durch Vorschläge, Gutachten und Berichte die Behörden zu unterstützen und zu beraten.

2) s.oben S. 66

Handelsspanne als Anhaltspunkt für die Schadensberechnung dienen. Der Durchschnittsmarktpreis, zu dem der Drittvertragspartner ohne das Kartell eingekauft hätte, ergibt sich aus dem Gestehungspreis der Kartellstufe zuzüglich der üblichen Handelsspanne. Ob und inwieweit die Spanne überschritten worden ist, läßt sich durch einen Vergleich des Gestehungspreises des Kartellpartners mit dem Einkaufspreis des Drittvertragspartners mit hinreichender Sicherheit ermitteln.

Die Handelsspanne entfällt als Anhaltspunkt, wenn der Drittvertrag nicht den An- oder Verkauf einer Handelsware, sondern eine Dienstleistung zum Inhalt hat. In diesem Fall kommt der Richter, falls keine Taxe i.S. des § 612 II BGB besteht, nicht umhin, die Normalvergütung für die betreffende Dienstleistung anhand der Gegebenheiten des betreffenden Marktes festzustellen, möglicherweise wiederum unter Zuhilfenahme maßgeblicher, wohlunterrichteter Institutionen. Beim Ausschreibungskartell, das auch zu dieser Kategorie gehört, ist die Schadensberechnung insofern erleichtert, als die Normalvergütung anhand der gegebenen Fakten des Einzelfalls (Ausschreibungsunterlagen) von fachmännischer Seite mit ziemlicher Genauigkeit errechnet werden kann.

Es würde zu weit führen, nun für jede Denkmöglichkeit, für jede Kartellart und für jede Handelsstufe, die Anhaltspunkte für die Schadensberechnung zusammenzustellen. Das Prinzip ist klar: Kann der Richter nicht auf einen feststehenden Standardpreis zurückgreifen, so wird er unter Benutzung der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel den Durchschnittsmarktpreis oder die Normalvergütung ermitteln und dementsprechend gemäß § 287 ZPO den Schaden schätzen. Etwaige Ungenauigkeiten solcher auf einem Durchschnittswert beruhenden Schätzungen müssen die Parteien

in Kauf nehmen. Die durch § 287 ZPO ermöglichte Schadensschätzung schließt schon ihrer Natur nach Unstimmigkeiten bis zu einem gewissen Grade nicht aus. Die Vorschrift trägt dem Bedürfnis Rechnung, dem Richter eine klare Entscheidung über die Höhe eines zu ersetzenden Schadens gerade auch dann zu ermöglichen, wenn eine exakte Schadensberechnung nicht oder nur unter unverhältnismäßig großen Schwierigkeiten vorgenommen werden kann. Deshalb ist es durchaus nicht unberechtigt, daß der Richter seine Schätzung auf einen von ihm ermittelten Durchschnittsmarktpreis oder Normalpreis stützt, der seinerseits auch keine absolute Größe sein braucht.

Legt aber der Richter seiner Entscheidung tatsächlich einen solchen Durchschnittswert zugrunde, den er vielleicht einem Gutachten von berufener Seite entnommen hat, so läuft das keineswegs auf ein staatliches Preisreglement hinaus. Diese Befürchtung[1)] ist unbegründet, einmal weil nicht nur stattliche Preisbehörden zur Erstattung eines solchen Gutachtens berufen sind, sondern auch andere, "neutrale" Stellen wie etwa die Industrie- und Handelskammern, zum zweiten deshalb, weil das auf der Grundlage eines Durchschnitts- oder Normalwerts gefällte Urteil lediglich i n t e r p a r t e s wirkt. Der ermittelte Durchschnitts- oder Normalwert dient nur als Anhaltspunkt für eine Schätzung im Einzelfall, nicht aber soll er als allgemeinverbindliche Größe konstituiert werden.

---

1) vgl. dazu Strickrodt u. Benisch oben S. 68

III. Der Sonderfall: Kartellpreis gleich Marktpreis

Als letztes Problem der Schadensberechnung verbleibt noch der Sonderfall, daß sich der Kartellpreis infolge der Vormachtsstellung des Kartells als Marktpreis durchgesetzt hat, ihm im Zeitpunkt der Urteilsfindung also gleich zu setzen ist. Die Schwierigkeit der Lösung liegt darin begründet, daß hier der Richter nicht auf einen verbindlichen Durchschnittsmarktpreis als Berechnungsmaßstab zurückgreifen kann. In diesem Sonderfall streckt deshalb mit F l u m e[1] selbst ein Verfechter der Individualschutztheorie die Waffen, indem er den Schutzgesetzcharakter des Kartellverbots insoweit einschränkt. Einmal, so argumentiert er, sei in diesem Fall nicht der einzelne, sondern ausschließlich die Allgemeinheit geschädigt, und zum anderen werde der Richter gezwungen einen hypothetischen Marktpreis als Berechnungsgrundlage zu konstituieren. Das aber könne nicht möglich sein. Denn es sei unserer Rechtsordnung fremd, daß es eine mögliche Aufgabe des Richters sein könne, einen Marktpreis als Gesamtphänomen zu konstituieren. Zur Rechtfertigung seiner Auffassung weist er auf die Möglichkeit hin, marktbeherrschende Preisabsprachen seitens der Kartellbehörde durch entsprechende Bußen zu ahnden.

Dieser Standpunkt hat sogar in den Reihen der Schadensersatzgegener heftiger Kritik ausgelöst.[2] Man wirft Flume vor, es sei inkonsequent, den Schadensersatzanspruch einerseits grundsätzlich zu bejahen, ihn aber andererseits gerade bei der vollständig gelungenen Kartellabsprache zu versagen.

---

1) a.a.O. S. 460 ff.

2) Frankf. Komm. § 35 Tz 21; Gem. Komm. § 35 Anm. 3; Strickrodt a.a.O. S. 91

In der Tat erscheint es auf den ersten Blick verblüffend und unverständlich, daß der private Rechtsschutz des Drittvertragspartners bei einem gescheiterten oder einflußlosen Kartell gewährleistet sein soll, dagegen nicht bei einem erfolgreichen. Die Ausführungen Flumes sind jedoch bei näherer Betrachtung nicht völlig von der Hand zu weisen. Man muß in diesem Zusammenhang zwei Fälle unterscheiden: Erstens, der Kartellpreis hat sich in dem Zeitraum zwischen Abschluß des Drittvertrags und der letzten mündlichen Verhandlung zum Marktpreis entwickelt, und zweitens, der Kartellpreis hat sich schon zur Zeit des Abschlusses des Drittvertrags als Marktpreis durchgesetzt. Nur den letzten Fall kann Flume im Auge haben, wenn er den Schadensersatzanspruch bei der gelungenen Kartellabsprache versagt. Der Anspruch scheitert aber nicht etwa daran, daß der angerichtete Schaden "Gesamtphänomen" ist und es gegenüber dem aus der verbotenen Preisabsprache entstandenen "Status des Marktes" keine selbstständigen Interessen und Rechte von einzelnen geben kann[1]. Entscheidend ist vielmehr, daß dem Drittvertragspartner als einzelnen in diesem Fall kein Schaden durch die Einführung des Kartellpreises in den Vertrag entstanden ist. Bei einem Marktgeschäft kann es nur auf den geltenden Marktwert einer Leistung ankommen. Diesem Wert entspricht die Gegenleistung des Drittvertragspartners wenn der Marktpreis bei Vertragsabschluß gleich dem Kartellpreis ist. Er hätte zu diesem Zeitpunkt im Markt keinen günstigeren Preis erzielen können, auch nicht bei einem Außenseiter. Da es ihm wegen der besonderen Marktlage an einem realen Entschließungsspielraum fehlt, kann sich die Beschränkung einer wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit von vorneherein nicht schädigend für ihn aus-

---

1) so Flume a.a.O. S. 465

wirken. Die Problematik der Konstituierung eines Marktpreises durch den Richter wird daher mangels Schadens des Drittvertragspartners überhaupt nicht akut. Flume ist also nur insoweit zuzustimmen, als der Drittvertragspartner mit einem Schadensersatzanspruch aufgrund des Kartellverbots nicht durchdringen kann. Grundsätzlich aber ist auch in diesem Fall der private Schadensersatzanspruch zu bejahen.

Die gleiche Situation ergibt sich bei Kartellen, die eine fällige Preissenkung zu verhindern suchen und den Marktpreis in ihrem Sinn auf den gesamten Markt aufrechterhalten. Auch hier steht dem Drittvertragspartener keine günstigere Einkaufsmöglichkeit offen, und er erleidet keinen Schaden.

Kartelle, der vorbezeichneten Art sind somit tatsächlich gegen Angriffe von privater Seite immun. Flume sieht daher mit Recht keine andere Bekämpfungsmöglichkeit als die im GWB vorgesehene Ahndung durch Geldbußen. Dieses Ergebnis ist nicht einmal unbefriedigend. Es entspricht dem Grundsatz: Wer nicht geschädigt worden ist, der soll auch keinen Schaden liquidieren können. Nur geht es nicht an und das soll noch einmal herausgestellt werden - in diesen Fällen grundsätzlich schon die Möglichkeit eines privaten Schadensersatzanspruchs zu versagen.

Ganz anders liegt der Fall, wenn der Kartellpreis sich erst nach Abschluß des Drittvertrags als Marktpreis durchgesetzt hat, der Drittvertragspartner also außerhalb des Kartells noch einen günstigeren Preis hätte erzielen können. Hier bestand bei Vertragsabschluß noch eine echte Differenz zwischen beiden Preisen. Folglich hat sich auch die Beschränkung seiner wirtschaftlichen Entschließungsfrei-

heit durch Aufdiktierung des Kartellpreises schädigend für den Drittvertragspartner ausgewirkt. Natürlich kann es auch in diesem Fall so sein, daß er den Schaden hat weiterwälzen können. Dann würde der Anspruch wiederum am mangelnden Schaden scheitern. Nicht aber wird er dadurch hinfällig, daß sich der Kartellpreis nachträglich als Marktpreis durchgesetzt hat.

Nach F i k e n t s c h e r [1] soll sich das aus den hier anzuwendenden Regeln der sogn. überholenden Kausalität ergeben. Danach kann ein späteres Schadensereignis dem Schädiger naturgemäß niemals zugute kommen, wenn er selbst es schuldhaft verursacht oder mit verursacht hat. Das aber wäre hier der Fall, weil das in Anspruch genommene Kartellmitglied durch seine Beteiligung am Kartell die Preisentwicklung mitheraufbeschworen hat. Fikentscher würde also recht haben, wenn das spätere Gleichziehen des Marktpreises mit dem Kartellpreis tatsächlich als hypothetisches Schadensereignis im Sinne der Regeln der überholenden Kausalität anzusehen wäre. In Wirklichkeit aber ist das spätere Ansteigen des Marktpreises in Richtung Kartellpreis kein hypothetisches Schadensereignis in diesem Sinne. Unter diesem Begriff versteht man nach H.M.[2] einen Umstand, der nach dem Eintritt des Schadens mit Sicherheit den gleichen Schaden herbeigeführt hätte, falls das erste Schadensereignis nicht eingetreten wäre. Im vorliegenden Fall hätte aber der gestiegene und nunmehr dem Kartellpreis gleichzusetzende Marktpreis mitnichten den gleichen Schaden herbeiführen können wie das ursprüngliche Schadensereignis, die Einführung des ungünstigen Kartellpreises in

---

1) BB 1956, 796

2) statt aller Larenz § 14 III 3e

den Drittvertrag. Zwar hätte die nachträgliche Entwicklung zum gleichen Erfolg, nämlich zur Zahlung des gleichen, hohen Preises geführt. Der Schaden liegt aber nicht in der Zahlung eines bestimmten, unerwünschten hohen Preises, sondern in der Differenz zwischen diesem und einem günstigeren Marktpreis. Hätte nun der Drittvertragspartner wirklich später gekauft, als Kartell - und Marktpreis sich schon die Waage hielten, so hätte er zu diesem Zeitpunkt - wie oben [1] bereits ausgeführt wurde - eben wegen der Konformität beider Preise hinsichtlich seines Kaufpreises keinen Entschließungsspielraum gehabt und deshalb auch keinen Schaden erlitten. Daraus folgt, daß das Gleichziehen des Marktpreises mit dem Kartellpreis kein hypothetisches Schadensereignis im Sinne der überholenden Kausalität sein kann. Es hätte nach Eintritt des Schadens weder den gleichen noch überhaupt einen Schaden herbeigeführt. Die Regeln der überholenden Kausalität können daher auf diesen Fall keine Anwendung finden.

Es fragt sich nun, ob die spätere Preisentwicklung dem Kartellpartner nicht etwa mit Hilfe der Regeln über die sogn. Vorteilsausgleichung zugute kommt. Auch diese Frage ist zu verneinen. Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen würde, der allgemeine Preisanstieg sei gerade durch den Drittvertrag als einzelnes Glied in der Kette einer Vielzahl von Marktgeschäften zumindest adäquat mitverursacht worden und dem Drittvertragspartner die Tatsache des Preisanstiegs als Vorteil anrechnen wollte, so könnte sich der in Anspruch genommene Kartellpartner darauf nicht berufen. Nach der Rechtssprechung des BGH [2] ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine Vorteilsausgleichung dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht ent-

---

1) S. 74/75

2) BGHZ 8, 329

spricht[1]. Hier aber würde es dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht ganz eklatant widersprechen, wenn der Preisanstieg dem Kartellpartner zugute käme. Das Kartellverbot ist ja gerade mit aus der Absicht des Gesetzgebers entstanden - und darüber sind sich alle einig - , unangemessene Preissteigerungen unter Ausschaltung des Wettbewerbs zu verhindern. Auch der private Schadensersatzanspruch aufgrund des Kartellverbots entspricht allein schon durch seine Existenz dieser Zielsetzung. Könnte er jedoch in seiner Auswirkung durch Berufung auf die Vorteilsausgleichung beschränkt werden, so würden Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht insoweit untergraben. Daher kommt eine Minderung oder Wegfall des Schadens über die Regeln der Vorteilausgleichung nicht in Betracht.

Der Drittvertragspartner kann also die Differenz zwischen Kartell- und Marktpreis zur Zeit des Vertragsabschlusses als Schadensersatz verlangen. Hinsichtlich der Ermittlung dieser Differenz entsteht somit die gleiche Situation wie in den unter § 7 II der Arbeit[2] behandelten Fällen, so daß auf eine weitergehende Stellungnahme dazu verzichtet werden kann.

Wenngleich die herausgearbeiteten Ergebnisse keine Patentlösung darstellen, sie können dennoch als zufriedenstellend bezeichnet werden. Die Annahme der Einführung der ungünstigen Kartellbedingungen in den Drittvertrag als das schädigende Ereignis ermöglicht die erstrebte Rückführung des Vertrages auf die übelichen Bedingungen, weshalb sich die Vorverlegung des schädigenden Ereignisses auf den

---

1) s. auch Larenz § 14 III 3o

2) oben s. 67 ff.

Zeitpunkt der Kartellvereinbarung erübrigt. Gegebenster und entgegen der Ansicht Steindorffs zulässiger Maßstab für die Schadensberechnung ist der Marktpreis oder Normalpreis. Liegt ein solcher Preis fest, bereitet die Schadensberechnung keine Schwierigkeiten. Schwankt er, so kann das Gericht auf einen von ihm ermittelten Durchschnittswert zurückgreifen und dementsprechend den Schaden schätzen (§ 287 ZPO). Waren Kartell- und Marktpreis schon bei Abschluß des Drittvertrages gleich, erleidet der Drittvertragspartner keinen Schaden. Hat sich der Kartellpreis erst später als Marktpreis durchgesetzt, so kann das dem in Anspruch genommenen Kartellpartner nicht zugute kommen.

§ 8 Ergebnis der Arbeit

Als Ergebnis dieser Arbeit ist abschließend folgendes herauszustellen:

1. Das Kartellverbot gibt dem Drittvertragspartner einen privaten Schadensersatzanspruch.

   Es ist Schutzvorschrift i.S. von § 35

   a) weil § 1 i.V. mit § 38 I Ziff. 1 ein echtes Verbot enthält und

   b) weil es die Verwirklichung des durch das Bonner Grundgesetz (Art. 2) jedem einzelnen garantierten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auf wirtschaftlichen Gebiet darstellt und daher auch dem Schutz des einzelnen zu dienen bestimmt ist.

2. Schädigendes Ereignis ist die Einführung der ungünstigen Kartellbedingungen in den Drittvertrag.

Die Berechnung des Schadens erfolgt auf der Grundlage des Marktpreises oder Normalpreises. Ist wegen der Marktlage eine einwandfreie Schadensberechnung nicht möglich, so kann das Gericht gemäß § 287 ZPO den Schaden unter Zuhilfenahme eines Durchschnittsmarktpreises oder einer Normalvergütung schätzen.

Bei Gleichheit von Kartell- und Marktpreis bei Abschluß des Drittvertrags entfällt der Anspruch mangels Schadens. Bei späterem Gleichziehen beider Preise bleibt die Preisgestaltung zur Zeit des Drittvertragsabschlusses maßgebend.

§ 9 Ausblick auf das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG)

Am 21. Februar 1962 ist im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Ausgabe in deutscher Sprache S. 2o4) die erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des Vertrages zur Gründung der EWG, die EWG-Kartellverordnung, als Verordnung Nr. 17 verkündet worden. Diese Verordnung ist nach ihrem Inkraftreten in allen ihren Teilen verbindlich. Sie gilt unmittelbar in jedem EWG-Mitgliedstat.

Im Anschluß an die vorliegende Arbeit dürfte ein kurzer Hinweis darauf interessieren, daß die behandelte Problematik auch im Hinblick auf die erlassene EWG-Kartelverordnung nicht an Aktualität verliert. Während sich die Nichtigkeit von Verträgen und Beschlüssen, die gegen Art. 85 I verstoßen, aus dem EWG-Vertrag (Art. 85 II) selbst ergibt, bestimmen sich andere zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen die Art. 85 u. 86 des EWG-Vertrages nach der jeweiligen einzelstaatlichen Rechtsordnung[1]. In der Bundesrepublik Deutschland wird die Möglichkeit von privaten Schadensersatzansprüchen zugunsten des Drittvertragspartners also davon abhängig sein, ob die Rechtssprechung die Art. 85 u. 86 des EWG-Vertrages als Schutzgesetze i.S. des § 823 II BGB anerkennen wird[2]. Diese Frage aber unterscheidet sich im Prinzip nicht von der bisher untersuchten, weil das Grundgesetz durch das Grundrecht des Art. 2 nicht nur die persönliche Entfaltungsfreiheit deutscher Staatsbürger

1) vgl. Schlieder BB 1962, S. 3o7 mit weiteren Nachweisen, auch v.Gamm. Kartellrecht im EWG-Bereich, S. 32

2) vgl. Schlieder a.a.O. S. 3o7/o8

sondern aller Menschen schützt. Daher sind für ihre Beurteilung dieselben Grundsätze maßgebend, die in der vorliegenden Arbeit zum Schutzvorschriftscharakter des Kartellverbots des GWB entwickelt worden sind.

Lebenslauf.

Am 2o.November 1935 wurde ich als jüngster Sohn des Metzgermeisters Ferdinand Schweins und seiner Ehefrau Josefa, geb. Kloke, in Fürstenberg/Westfalen geboren. Nach sechsjährigem Volks- und Mittelschulbesuch in meinem Heimatort wechselte ich zu Ostern 1948 auf das Mauritiusgymnasium in Büren/ Westfalen.

Im Sommer 1953 begab ich mich im Rahmen des Schüleraustauschs zu einem einjährigen Studienaufenthalt in die U.S.A. Dort erwarb ich an der Alden-Hebron Community High-School am 24.Mai 1954 das U.S. High-School Diploma. Am 18.Oktober 1955 legte ich vor einer Kommission des Kultusministeriums von Nordrhein-Westfalen die deutsche Ergänzungsreifeprüfung ab.

Mit dem Wintersemester 1955/56 nahm ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften auf, das ich nach Studien an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster und der Christian Albrechts-Universität in Kiel am 26.September 1959 mit der 1.juristischen Staatsprüfung beendete. Nach Abschluß der vorgeschriebenen Referendarausbildung legte ich am 27. Februar 1964 die 2.juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Düsseldorf ab. Meine mündliche Doktorprüfung fand am 17.Juli 1964 statt.

Nach halbjähriger Tätigkeit im höheren Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen trat ich am 1.Dezember 1964 in das Bundeswirtschaftsministerium in Bonn ein.

Fürstenberg, den 1.April 1965

Otto Schweins

Druck: Gerd Wasmund, Köln, Dasselstraße 24, Telefon 23 02 22